

EN JURIDISK ANALYSE AV ASK-DOMMEN

Rt. 2010 s. 1547



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 668

Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 15 087 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	BAKGRUNN FOR OPPGAVEN	1
1.2	PROBLEMSTILLING	2
1.3	AVGRENSNING	3
1.4	RETTSKILDER	4
1.4.1	LOVGIVNINGEN	4
1.4.2	RETTSPRAKSIS	4
1.4.3	JURIDISK LITTERATUR	5
1.4.4	ANNEN NORDISK RETT	6
1.5	METODE	7
1.6	BEGREPSFORKLARINGER OG MEDISINSK BAKGRUNNSFAKTA	7
2	<u>ASK-DOMMENS FAKTISKE SIDE</u>	8
3	<u>FAKTISK ÅRSAKSSAMMENHENG - DE FIRE "LIE-KRITERIENE"</u>	10
3.1	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT: BETINGELSESLÆREN	10
3.2	LIE-KRITERIENE	10
3.2.1	KRITERIET OM ADEKVAT TRAUME/SKADEEVNE	12
3.2.2	KRITERIET OM AKUTTE SYMPTOMER	14
3.2.3	KRITERIET OM BROSYPPTOMER	15
3.2.4	FORENLIGHETSKRITERIET	17
3.2.4.1	Den skadebiologiske forklaringsmodellen - hva må skaden være forenlig med?	19
3.2.4.2	Delvilkår 1: "Forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng"	20
3.2.4.3	Delvilkår 2: "Fortsettelse av helsebesvær pasienten har hatt før uhellet"	23
3.2.4.4	Delvilkår 3: "Annen, mer sannsynlig forklaring i annen tilstand" ("forløpskriteriet")	23
4	<u>RETTSLIG ÅRSAKSSAMMENHENG - VESENTLIGHET OG ADEKVANS</u>	26
4.1	VESENTLIGHETSVURDERINGEN	27
4.2	ADEKVANSVURDERINGEN	30
4.2.1	PÅREGNELIGHETSKRITERIET	32

4.2.2	NÆRHETSKRITERIET	34
4.2.3	ANDRE AVGRENINGSFAKTORER: REELLE HENSYN OG RETTSPOLITISKE VURDERINGER	36
4.3	ULIKT RESULTAT VED BEHANDLINGEN I BORGARTING LAGMANNSRETT (LB-2009-127039)	37
4.4	PSYKOSOSIALE FAKTORERS BETYDNING I TIDLIGERE RETTSPRAKSIS	40
5	<u>FORHOLDET MELLOM FAKTISK OG RETTSLIG ÅRSAKSSAMMENHENG - NOEN GENERELLE BEMERKNINGER</u>	43
5.1	"RESIRKULERING" AV ARGUMENTENE	43
5.2	SKADEBIOLOGISK FORKLARINGSMODELL OG BIO-PSYKO-SOSIAL FORKLARINGSMODELL - TO RETTSVIRKNINGSSPOR	44
6	<u>BEVISVURDERINGEN OG DOMMENS PROSESSRETTLIGE SIDE</u>	46
6.1	"ALLMENT AKSEPTERT MEDISINSK VITEN" - EN RETTSLIG STANDARD	46
6.2	PRINSIPPET OM FRI BEVISVURDERING	50
6.3	BEVISBYRDEN VED ALTERNATIVE ÅRSAKER	52
7	<u>ERSTATNINGSUTMÅLINGEN - LAV MEDISINSK INVALIDITETSGRAD OG HØY ERVERVSUFØRHEIT</u>	53
7.1	PRESISERING AV SKADESERSTATNINGSLOVEN (SKL.) § 3-1 ANNET LEDD	55
8	<u>FORBINDELSESLINJER TIL NORDISK RETT</u>	57
9	<u>AVSLUTTENDE OPPSUMMERING</u>	58
9.1	STADFESTINGER	58
9.2	PRESISERINGER	59
9.3	OPPSUMMERINGSTABELL	61
10	<u>LITTERATURLISTE</u>	63
11	<u>VEDLEGG: INVALIDITETSTABELL - UTDRAK AV FORSKRIFT OM MÉNERSTATNING VED YRKESSKADE AV 21. APRIL 1997 PUNKT 2.1</u>	A

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for oppgaven

Ask-dommen (Rt. 2010 s. 1547) - heretter *Ask* - gjelder krav om erstatning som følge av skade i nakkeregionen, etter en påkjørsel bakfra i en kjedekollisjon. Skadelidte ble en tid etter ulykken sykmeldt og kom ikke tilbake i jobb. Han ble påført inntektstap i en periode hvor han mottok rehabiliteringspenger og yrkesrettet attføring. Høyesterett kom til at det ikke forelå noen årsakssammenheng mellom ulykken og skaden, blant annet fordi hans skade ikke var forenlig med nakkesleng. Han hadde derfor ikke krav på erstatning for sitt inntektstap.

Dommen har i tiden etter domsavsigelsen vært omdiskutert i både medisinske og juridiske fagmiljøer. Dommen er av noen blitt karakterisert som kontroversiell både når det gjelder årsaksvurderingen og bevisvurderingen.

Jeg ønsker på bakgrunn av dette å undersøke om dommen innebærer noen form for kursendring for erstatningsspørsmålet i erstatningssaker som går på nakkeslengskade. Min tilnærming for å belyse dette vil være å sammenligne tidligere rettspraksis med *Ask*. Og jeg vil undersøke om rettspraksis i ettertid viser tegn til kursendring som følge av *Ask*.

Dommen har - i likhet med de fleste saker innenfor personskadesektoren - et grensesnitt mot medisin. Jeg finner imidlertid grunn til å presisere at dette er en juridisk besvarelse, og jeg kommer ikke til å behandle de medisinske vurderingene i dommen. Dette kommer jeg nærmere inn på i avgrensningskapittelet.

1.2 Problemstilling

I det følgende vil jeg for det første foreta en gjennomgang av den faktiske årsakssammenhengen i *Ask*. Denne delen av dommen er sentral for resultatet i saken, idet Høyesterett kom til at ikke alle fire vilkår for faktisk årsakssammenheng var oppfylt, hvilket førte til at skadelidte ikke fikk erstatning. For denne delen av besvarelsen vil spørsmålet være om Høyesterett nå har endret innholdet i Lie-kriteriene, som er lagt til grunn i tidligere rettspraksis som vilkår for erstatning ved nakkeslengskade.

For det andre vil jeg foreta en gjennomgang av Høyesteretts drøftelser omkring den rettslige årsakssammenhengen, herunder vesentlighets- og adekvansvurderingen. Disse drøftelsene var uten betydning for resultatet i saken, men er interessant i relasjon til Høyesteretts rettsskapende virksomhet. Her vil spørsmålet være om Høyesterett kommer med noe nytt, eller om de legger seg på samme linje som i tidligere rettspraksis.

Ask reiser en del interessante spørsmål vedrørende bevisvurderingen og den medisinske invaliditetsgrad i relasjon til erstatningsutmålingen. Også i denne sammenheng blir spørsmålet om *Ask* viser tegn til kursendring, sammenlignet med tidligere rettspraksis.

Sentralt ved gjennomgangen av alle de ovennevnte punkter vil være å undersøke om *Ask* avviker fra tidligere rettspraksis, og om rettspraksis i ettertid viser tegn til kursendring på bakgrunn av dommen.

Jeg har på denne bakgrunn formulert følgende problemstilling for oppgaven:

”Innebærer Ask - Rt. 2010 s. 1547 - noen form for kursendring for nakkeslengsakene - eller dreier det seg kun om en stadfesting/presisering av rettsreglene?”

1.3 Avgrensning

For at det skal foreligge krav på erstatning, må tre kumulative vilkår være oppfylt. For det første må det foreligge et økonomisk tap. For det andre må det foreligge et ansvarsgrunnlag. Og for det tredje må det foreligge en adekvat årsakssammenheng mellom skaden som har oppstått og den skadevoldende handling (årsakskravet). Adekvans og årsakssammenheng har i noen høyesterettsdommer blitt ansett som to separate vilkår, men det finnes også eksempler hvor disse har blitt behandlet sammen.¹ I denne besvarelsen legges til grunn et vidt årsaksbegrep, som inkluderer både faktisk årsakssammenheng (vilkårene for nakkesleng), adekvans og vesentlighet.

I besvarelsen her - som er en analyse av *Ask* - behandles kun vilkåret om årsakssammenheng, samt deler av vilkåret for økonomisk tap - nemlig utmålingsspørsmålet i relasjon til den medisinske invaliditetsgrad. Og det avgrenses mot å behandle de øvrige vilkårene for erstatning. Dette fordi dommens hovedspørsmål er om det er årsakssammenheng mellom trafikkulykken og det økonomiske tapet, formulert i avsnitt 32 siste setning i *Ask*. I tillegg uttrykkes det eksplisitt i dommens avsnitt 32 at spørsmålet om ansvarsgrunnlag etter bilansvarsloven § 8 ikke var omstridt. Spørsmålet om ansvarsgrunnlag faller derfor utenfor det som skal behandles her.

Videre vil jeg avgrense mot å foreta noen inngående vurderinger av de medisinske spørsmålene som reises i *Ask*. Dommen reiser flere interessante og omstridte problemstillinger på dette området. Min innfallsvinkel vil imidlertid være å henvise til de vurderinger som følger av rettspraksis. Men de juridiske og medisinske

¹ Se for eksempel Rt. 2007 s. 158 (Pseudoanfall) avsnitt 38 og Rt. 2007 s. 172 (Schizofreni-dommen) avsnitt 65, hvor Høyesterett anvender et vidt årsaksbegrep - omtalt som ”*adekvat årsakssammenheng*” (i avsnitt 1 begge steder) .

sidene i dommen er nært knyttet til hverandre, hvilket gjør det problematisk å oppstille et skarpt skille.

1.4 Rettskilder

1.4.1 Lovgivningen

I erstatningssaker hvor det er spørsmål om en trafikkulykke har medført skade - hvilket var tilfelle i *Ask* - er det som utgangspunkt bilansvarsloven² (bal.) som kommer til anvendelse. Vilkåret om årsakssammenheng følger av bal. §§ 1 og 4 og ordet "gjer", som sikter til at skaden som er oppstått må ha kommet som en følge av motorvognen. Lovteksten gir anvisning på at det kreves en eller annen form for årsakssammenheng, men det nærmere innholdet må tolkes ut fra andre kilder. På dette området er det utviklet en rekke ulovfestede prinsipper av Høyesterett i samspill med juridisk teori.

1.4.2 Rettspraksis

For spørsmålet om årsakssammenheng er de ulovfestede prinsippene i all hovedsak utarbeidet i rettspraksis. Det vil derfor være rettspraksis som utgjør den sentrale rettskildefaktoren i denne analysebesvarelsen. Av de søksmål som reises på personskadeerstatningsrettens område, siles de fleste ut underveis i rettsinstansene. Og det er relativt få saker som blir behandlet av Høyesterett.³ Dette innebærer at det foreligger et stort rettskildemateriale i form av underrettsdommer, i tillegg til noen sentrale høyesterettsdommer. Men siden så mange av personskadeerstatningssakene *ikke* blir behandlet i Høyesterett, synes det derfor relevant å bruke også underrettsdommer som rettskilde i besvarelsen, som uttrykk for den *faktiske retten*.

² Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvognen gjer.

³ Syse/Kjelland/Jørstad, *Pasientskaderett*, Oslo 2011 s. 58.

I tiden etter *Ask* er det p.t. ikke behandlet flere saker om nakkesleng i Høyesterett. Men det er ved søk på Lovdata til nå publisert 12 lagmannsrettsdommer som henviser til *Ask*. For å finne fram til disse dommene begrenset jeg søket til lagmannsrettsdommer og skrev inn "rt-2010-1547" i søkefeltet. Da kom alle lagmannsrettsdommer som hadde henvisning til *Ask* i sine domspremisser opp på trefflisten. Disse dommene er av interesse for tolkningen av hvorvidt *Ask* viser tegn til en kursendring for nakkeslengsakene. At underrettsdommer i seg selv har en lav (eller ingen⁴) rettskildemessig verdi, er en naturlig konsekvens av at Høyesterett dømmer i siste instans. Imidlertid vil de *argumenter* som avgjørelsene bygger på kunne tillegges vekt.

1.4.3 Juridisk litteratur

Som jeg var inne på er de ulovfestede prinsippene om årsakssammenheng utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk litteratur. I tillegg til at Høyesterett i mange saker anvender juridisk litteratur som begrunnelse for sitt standpunkt, vil også den juridiske litteratur være en bidragsyter i tolkningen av de ulike dommene. Lødrup/Kjellands⁵ lærebok i erstatningsrett gir en god generell oversikt over rettsreglene. Og i denne siste utgaven er det inntatt et kapittel om nakkeslengskader på side 360, hvor flere av de spørsmål som behandles i besvarelsen her blir omtalt. I tillegg gir kapittel 6 i boken "Pasientskaderett"⁶ en mer spesifikk gjennomgang av årsaksreglene, og gir i tillegg et bidrag i koblingen mellom medisin og jus, hvilket er et sentralt tema i nakkeslengsakene. Videre foretas det i en artikkel av Morten Kjelland⁷ en gjennomgang av mange av de

⁴ Skoghøy, *Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelse*, Oslo 2007 s. 567-568.

⁵ Lødrup/Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009.

⁶ Kjelland, *Pasientskaderett, kapittel 6: Årsakskravet i pasientskaderetten*, Oslo 2011.

⁷ Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2012.

samme temaene som er sentrale i Ask og som behandles her. På samme måte vises det til artikkel av Einar Lohne⁸, hvor det foretas en gjennomgang av de sentrale temaene i Ask. Det kan imidlertid pekes på uttalelser i Lohnes artikkel som bærer preg av at han er partsrepresentant på skadelidtsiden, hvilket bidrar til å svekke artikkelens rettskildemessige verdi. Et eksempel på dette kommer jeg inn på i besvarelsens punkt 5.1.

Juridisk litteratur vil ikke nødvendigvis kunne tillegges rettskildemessig vekt i seg selv, men mange av de argumenter som fremføres vil kunne gi inspirasjon til løsning av rettsspørsmålene.

1.4.4 Annen nordisk rett

Nordisk rett har på erstatningsrettens område mange felles trekk. Og selv om nordisk rett i seg selv har liten vekt som rettskilde ved løsningen av den konkrete tvist, kan den ha stor betydning som kilde til teorien og dermed påvirke utformingen av norsk rett⁹. Flere juridiske teoretikere¹⁰ har tatt til orde for at reglers ensartethet over landegrensene har en egenverdi, for de tilfeller hvor rettsgrunnlaget er tilnærmet det samme. På EØS-rettens område kjenner man dette prinsippet som "harmoniseringsprinsippet".

I avsnitt 72 i Ask underbygger Høyesterett sitt standpunkt ved å henvise til to dommer avsagt av den svenske Regeringsrätten den 3. mars 2010. Denne domstolen er den høyeste rettsinnsinstansen i Sverige i forvaltningsrettslige saker. Domstolen endret navn til "Högsta Forvaltningsdomstolen" fra 1. januar 2011.

⁸ Lohne, *Årsakskravet i Ask-dommen*, Rt. 2010 s. 1547 – *Er det noe nytt?*, Oslo 2012.

⁹ Lødrup/Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009 s. 74.

¹⁰ Se blant annet Stenvik, *Erstatningsrettens internasjonalisering*, TfE 2005 s. 53.

1.5 Metode

Denne oppgaven har en domsanalytisk form. Domsanalyser kan ha ulike referanserammer¹¹ alt etter hva man ønsker å diskutere dommen i forhold til. Referanserammen for denne oppgaven vil være å diskutere dommen opp mot gjeldende rett. Dette har jeg valgt å gjøre med et sammenligningsperspektiv, hvor jeg sammenligner rettspraksis før og etter dommen ble avsagt.

I tillegg vil jeg noen steder analysere dommen i forhold til den juridiske metoden. Dette gjøres kun hvor dette synes relevant og interessant. For disse vurderingene vil det være rettskildelæren som danner referanserammen for oppgaven.

1.6 Begrepsforklaringer og medisinsk bakgrunnsfakta

I oppgaven vil begrepene "nakkesleng", "nakkeslengstraume", "nakkeslengskade" "whiplash" og "WAD" (forkortelse for "whiplash-associated disorder") brukes om den type nakkeskade som det var tale om i Ask. Nakkesleng er en akselerasjons-deselerasjons-mekanisme der energi blir overført til nakken. Denne bevegelsen er typisk knyttet til bilpåkjørslar bakfra, men kan også skje ved påkjørsel fra siden eller forfra, ved stuping og andre ulykker. Traumet kan føre til skader i nakkens forskjellige strukturer, som skjelettet, ledd, leddkapsel, leddbånd, mellomvirvelskiver, nerver, muskulatur, bindevev og blodkar. Nakkesleng er ikke en medisinsk diagnose, men en beskrivelse av en skademekanisme.¹²

¹¹ Walløe Tvedt, *Å skrive analyseoppgaver til eksamen*, Oslo 2003 s. 18.

¹² Rapport fra Sosial- og helsedirektoratet IS 1356, *Nakkeslengassosierte nakkeskader*, Oslo 2004 s. 7.

2 Ask-dommens faktiske side

Ask ble den 20. mai 2002 innblandet i en kjedekollisjon på E 18 ved Ski. Ask hadde stanset bak to biler, hvor den første sto og ventet på å kjøre av til venstre. Bilen bak Ask stanset også. En femte bil kom kjørende bakfra og kjørte inn i bilene som sto stille. Bilen bak Ask ble skjøvet inn i bilen hans, og Asks bil ble dyttet inn i bilen foran. Asks bil måtte kondemneres som en følge av påkjørselen. Det kunne ikke påvises hvor høy hastighet som forelå i kollisjonsøyeblikket.

Ask ble etter ulykken kjørt med ambulanse til Follo legevakt. Det fremgikk av journalnotatet fra legevakten at han ved ankomst der hadde smerter i nakken. Derfra ble han sendt videre til akuttmottaket på Sykehuset Østfold i Fredrikstad for å ta røntgen av nakken. Det ble ikke påvist skader i nakken ved røntgenundersøkelsen. I journalnotatet fra sykehuset framgikk det at Ask ikke hadde besvær noe sted - heller ikke fra nakken - og at han ikke ønsket sykemelding.

Ask fortsatte i arbeid etter ulykken fram til desember 2003. Fra dette tidspunktet ble han sykemeldt på grunn av prolaps i nedre korsrygg påvist ved MR. Fram til 2005 mottok Ask henholdsvis sykepenger (2003-2004) og rehabiliteringspenger (2004-2005). Under behandlingen av saken for Høyesterett hadde Ask søkt om 100 prosent uførestønad.

Ask reiste sak mot Trafikksforsikringsforeningen med krav om erstatning for blant annet lidt inntektstap i perioden 2005-2008, oppad begrenset til 410 000 kroner.

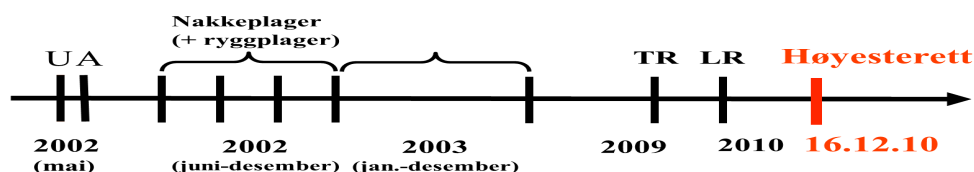
Høyesterett kom enstemmig til at det ikke forelå noen erstatningsbetingende årsakssammenheng mellom Asks smertetilstand og ulykken.

En oversikt over saksforholdet i *Ask* - i form av en tidslinje - er utarbeidet av

Morten Kjelland¹³, og gjengis her for å gi en oppsummering av faktum:

Ask (Rt. 2010 s. 1547)

– oversikt over saksforholdet



Morten Kjelland 2012 ©

Tidslinjen viser sykdomsforløpet fra ulykkestidspunktet den 20. mai 2002 angitt med "U". Symptomene i den akutte fasen er angitt med "A". Videre illustrerer strekene i perioden juni–desember 2002 at skadelidte flere ganger oppsøkte sin fastlege med smerter i både nakke og rygg. I perioden januar–desember 2003 var skadelidte i arbeid. Han greide dette til tross for sine smerter. I desember 2003 ble han imidlertid sykmeldt fra jobben, angitt med sort strek i slutten av 2003 på tidslinjen. I 2009 ble det avsagt dom i Sarpsborg tingrett, hvor skadelidte fikk medhold i sitt erstatningskrav. På samme måte fikk skadelidte medhold i erstatningskravet i dom i Borgarting lagmannsrett i 2010. Den røde streken på tidslinjen markerer dommen i Høyesterett, hvor Ask altså *ikke* fikk medhold i sitt erstatningskrav.

¹³ Kjelland, *Sandeffordkurset 2011*, inntatt her med hans samtykke.

3 Faktisk årsakssammenheng - de fire "Lie-kriteriene"

3.1 Det rettslige utgangspunkt: Betingelseslæren

Hovedregelen om rettslig årsakssammenheng bygger i norsk rettspraksis på den såkalte *betingelseslæren*. I juridisk teori er betingelseslæren blitt formulert slik at "enhver nødvendig betingelse for et resultat (skade), er årsak til det (den)".¹⁴ I P-pille II (Rt. 1992 s. 64) formuleres betingelseslæren slik:

"Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte". (s. 70)

I Ask uttaler Høyesterett at betingelseslæren - slik den er formulert i P-pille II (Rt. 1992 s. 64) utgjør "[u]tgangspunktet ved den juridiske vurderingen av årsakssammenhengen" (avsnitt 33).

I nakkeslengsaker er det altså i utgangspunktet samme type vurdering som skal foretas. Altså om skaden (i nakken) ville ha oppstått dersom trafikkulykken tenkes borte. Men det er i rettspraksis oppstilt fire vilkår for nakkeslengskader, som ble uttrykt for første gang i Lie (Rt. 1998 s. 1565). Dommen er et prejudikat for så å si alle etterfølgende dommer hvor det har vært tale om nakkeslengstraumer og lignende traumer med overføringsverdi.¹⁵ Lie-kriteriene utgjør en slags lex specialis for betingelseslæren som kommer til anvendelse i nakkeslengskadene.

3.2 Lie-kriteriene

I avsnitt 44 i Ask skriver førstvoterende at man tar utgangspunkt i de fire

¹⁴ Lødrup/Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009 s. 329

¹⁵ Se for eksempel Stokke (Rt. 1999 s. 1473), Thelle (Rt. 2000 s. 418) og Ryggprolaps (Rt. 2007 s. 1370).

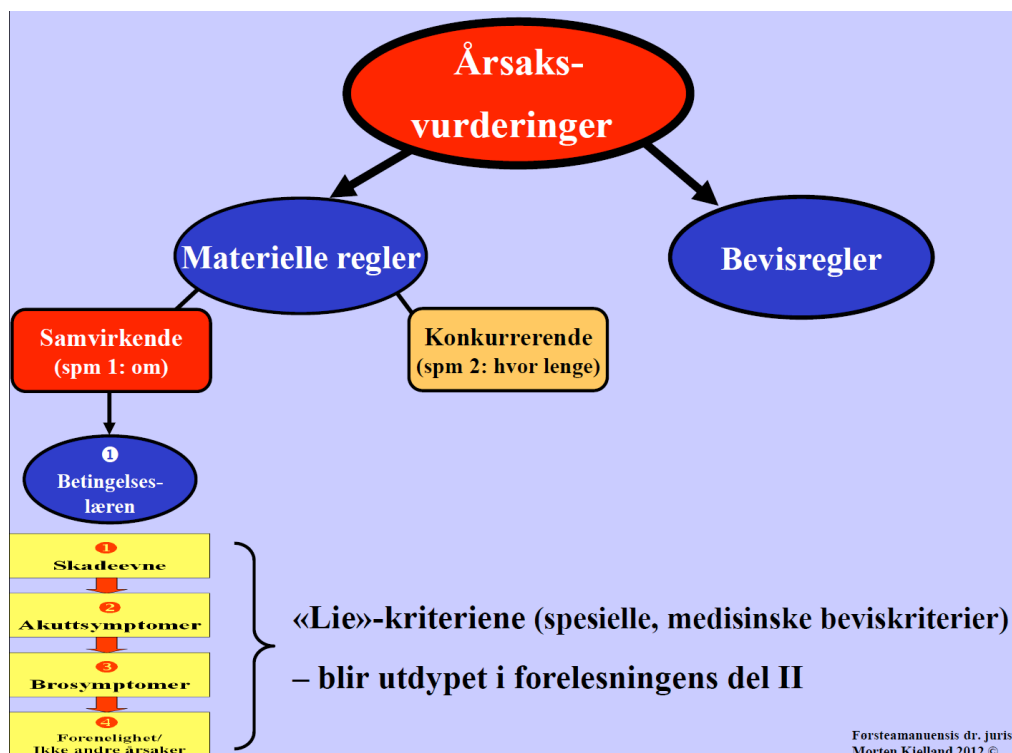
ulovfestede kriteriene som ble oppstilt første gang i Lie (Rt. 1998 s. 1565). Disse kriteriene utgjør det man kan kalle vilkår for *faktisk* årsakssammenheng for nakkeslengskadene.

I Lie (Rt. 1998 s. 1565) oppstilles kriteriene for nakkesleng av professor Nordal, som var den rettsoppnevnte sakkyndige i saken for Høyesterett. Professor Nordal tok utgangspunkt i den såkalte "Quebec Task Force", som ble publisert i et amerikansk medisinsk tidsskrift i 1995. Kriteriene angis på side 1577 å være "en kjede av betingelser som må være oppfylt for at man med en viss sannsynlighet kan diagnostisere tilstanden". Disse er:

1. Det må foreligge et **adekvat traume**, det vil si at den skadevoldende handling må ha hatt tilstrekkelig kraft for å kunne skade biologisk vev.
2. Det må foreligge **akutte symptomer** innenfor et tidsperspektiv på 72 timer etter at skaden oppsto.
3. Det må foreligge **brosymptomer** i perioden mellom akuttfasen og den kroniske fasen.
4. Smertene kan ikke ha andre årsaker, det vil si at smertene må være **forenlig** med det man vet om nakkesleng, og heller ikke kunne forklares ut fra andre sykdommer pasienten lider av.

I juridisk teori¹⁶ er sammenhengen mellom betingelseslæren og Lie-kriteriene satt opp skjematisk på følgende måte:

¹⁶ Oversikten er laget av Morten Kjelland 2012, og inntatt her med hans samtykke.



Lie-kriteriene er i tiden etterpå blitt lagt til grunn i de fleste erstatningssaker som gjelder nakkesleng. Ved en gjennomgang av nærmere 1300 underrettsdommer avsagt etter Lie-dommen er det funnet at kriteriene legges til grunn nærmest uten unntak.¹⁷

Jeg vil i det følgende foreta en gjennomgang av disse fire vilkårene slik de er anvendt i rettspraksis. I avsnitt 47 i Ask uttalte Høyesterett at kriterium nr. 3 og 4 skulle slås sammen i drøftelsen. Jeg behandler dem likevel hver for seg her, idet det synes å være i bedre samsvar med en analytisk tilnærming.

3.2.1 Kriteriet om adekvat traume/skadeevne

I avsnitt 45 i Ask konstateres det kort at det ikke er tvilsomt at vilkåret om "tilstrekkelig skadevoldende evne" er oppfylt i den foreliggende sak. Dette fordi

¹⁷ Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2008 s. 364-365.

Asks "bil fikk betydelige skader både foran og bak i kjedekollisjonen og måtte kondemneres".

I tidligere rettspraksis har dette vilkåret blitt vurdert ut fra to forhold; for det første hva som faktisk har skjedd ut fra den hastighetsendring som skadelidte ble utsatt for. For det annet ut fra om det aktuelle sammenstøt hadde skadeevne, rent medisinsk. Sistnevnte forhold vurderes blant annet i Thelle (Rt. 2000 s. 418), hvor Høyesterett skriver at man i vurderingen står overfor "problemer av mer medisinsk karakter" (Side 429).

Sistnevnte vurderingsmoment ser det ikke ut til at Høyesterett tar direkte stilling til under skadeevnevurderingen i Ask. I avsnitt 45 (hvor dette vilkåret drøftes) nevnes det kun at *bilen* fikk betydelige skader slik at den måtte kondemneres. Hvorvidt sammenstøtet hadde skadeevne *rent medisinsk*, uttrykkes ikke eksplisitt i dette avsnittet.

I tidligere rettspraksis har det vært vanlig å ta stilling til om de kreftene som skadelidte har vært utsatt for, var tilstrekkelig til å skade bløtdelsvev.¹⁸ I disse sakene har det imidlertid vært tvilsomt hvorvidt den kraft som bilen ble utsatt for var tilstrekkelig til å påføre skadelidte bløtdelsvevsskader. Formuleringen i avsnitt 45 om at det "ikke er tvilsomt at dette vilkåret er oppfylt i vår sak", kan tolkes som at Høyesterett la til grunn at de kreftene som skadelidte ble utsatt for var tilstrekkelige til at de påførte en bløtdelsvevsskade. I så fall er vurderingen av adekvat traume/skadeevne i Ask i samsvar med tidligere rettspraksis.

At momentet om den medisinske skadeevne ikke ble drøftet i Ask kan også skyldes at partene var enige på dette punktet. Og momentet ble av denne grunn inntatt kun for sammenhengens skyld. At Høyesterett ikke kunne drøfte dette

¹⁸ Se for eksempel side 429 i Thelle (Rt. 2000 s. 418) og side 1577 i Lie (Rt. 1998 s. 1565).

spørsmålet mer inngående følger av disposisjonsprinsippet i norsk rett. Disposisjonsprinsippet har lenge vært et ulovfestet prinsipp, som går ut på at partene har frihet til å disponere over sine rettigheter under en rettsprosess. Prinsippet er med tiden blitt kodifisert inn i lovgivningen og fremgår nå av tvisteloven (tvL.) § 11-2 (1), hvor det står at retten "bare [kan] avgjøre de krav som er reist i saken".

Det synes etter dette som at Høyesterett ikke kommer med noe nytt vedrørende vurderingen av dette vilkåret i *Ask*, sammenholdt med tidligere rettspraksis og prosessrettslige regler for øvrig.

3.2.2 Kriteriet om akutte symptomer

I avsnitt 46 i *Ask* uttrykkes vilkåret om akutte symptomer slik at det må foreligge "nakkesmerter innen 2-3 døgn etter ulykken, jf. Rt-2000-418, på side 430". I *Lie* (Rt. 1998 s. 1565) opereres det med en 48-timers grense, som tilsvarer 2 døgn. Tidsgrensen ble imidlertid strukket til 72 timer i samsvar med Quebec Task Force under utspørringen i Høyesterett. Denne tidsgrensen ble stadfestet i *Thelle* (Rt. 2000 s. 418), og videre i *Ask* som vist til ovenfor.

Hvorvidt det skal legges til grunn 2 døgn eller 3 døgn var uten betydning i *Ask*-saken. *Ask* hadde oppgitt at han hadde smerter i nakken da han ble undersøkt ved legevakten kort tid etter ulykken. Høyesterett la ikke vekt på at han fortsatte i arbeid etter ulykken. Dette forhold kunne ha sådd tvil om akuttsymptomenes styrkegrad. Momentet ble imidlertid ikke avgjørende i denne vurderingen, i det Høyesterett la til grunn at det var "grunn til å tro at smertene var relativt moderate" (avsnitt 46 i *Ask*).

Ask viderefører tidsgrenseregelen på 72 timer, og det synes som at underrettspraksis etter *Ask* tar utgangspunkt i en vurdering av de første 72 timene og ikke bare de første 48 timene under vilkåret om akutte symptomer. Et eksempel

fra underrettspraksis hvor denne regelen legges til grunn er LH-2011-57306, hvor vilkåret angis å måtte bestå i ”akutte symptomer i form av nakkesmerter innen 2-3 døgn etter ulykken”. Lignende formulering er lagt til grunn også i RG-2011-245 og LB-2010-139054.

Heller ikke vedrørende vilkåret om akutte symptomer synes *Ask* å komme med noe nytt, sammenholdt med tidligere rettspraksis. Og etterfølgende rettspraksis understreker at den samme tidsgrenseregelen videreføres også etter *Ask*.

3.2.3 Kriteriet om brosymptomer

I avsnitt 47 i *Ask* formuleres brosymptomvilkåret som at det må foreligge ”sammenhengende plager fra ulykken og til den kroniske senfasen”. Deretter konkluderes det med at vilkåret om brosymptomer ikke er oppfylt. Vurderingen oppsummeres på følgende måte av førstvoterende i saken:

”Gitt de krav som må stilles til årsakssammenheng, kan det da ikke sies at vilkåret om et forventet sykdomsforløp er oppfylt for de delene av hans smertetilstand som ikke gjelder de moderate smerter i nakken som han hadde etter ulykken.” (avsn. 58)

Skadelidte hadde altså ikke nakkesmerter (som angitt i den akutte fasen) konstant fram til den kroniske senfasen, idet smertene endret seg til å bli rygg smerter i løpet av denne perioden. Det er lagt til grunn i tidligere rettspraksis at smertene som angis i den akutte fasen må vedvare med en viss intensitet fram til den kroniske senfasen. I Lie (Rt. 1998 s. 1565) er dette formulert på følgende måte:

”Dersom pasienten blir frisk, for så flere uker eller måneder senere å få tilbake liknende besvær, øker usikkerheten mht om det er den tidligere skaden, eller naturlig tilbøyelighet for helsebesvær med smerter, stivhet o.l. som er hovedårsaken til besværene.” (s. 1577)

At vilkåret om brosymptomer har en berøringsflate mot det fjerde vilkåret om forenlighet fremgår klart i *Ask*, idet Høyesterett velger å behandle disse to vilkårene sammen. Begge vilkår gir anvisning på at det skal foretas en sammenligning mellom det konkrete sykdomsforløp i saken og det som de sakkyndige i avsnitt 48 i *Ask* betegner som et "traumatologisk plausibelt forløp". I juridisk teori¹⁹ er dette kriteriet blitt kalt for "forløpskriteriet".

Forskjellen er imidlertid at forenlighetskriteriet er et mer overordnet kriterium som legger opp til en sammenligning av alle ledd i sykdomsforløpet, mens kriteriet om brosymptomer kun retter seg mot overgangsperioden mellom akutt fase og kronisk fase. Det er på bakgrunn av dette foreslått en alternativ struktur for Lie-kriteriene i juridisk litteratur.²⁰ Denne går ut på at forenlighetskriteriet danner en slags overbygning for de andre kriteriene, hvilket fremhever at man står overfor en helhetsvurdering. At det i juridisk litteratur foreslås en slik alternativ struktur, understreker de nære forbindelseslinjer i vurderingene ved brosymptomkriteriet og forenlighetskriteriet.

En tendens til å behandle vilkåret om brosymptomer og forenlighet sammen ses også i etterfølgende rettspraksis. Som eksempel vises til LF-2010-156465 (Ørsnes). Formuleringen i dommen vedrørende dette hitsettes:

"Kravet til brosymptomer, vilkår nr. 3, forutsetter sammenhengende plager fra uhellet og til den kroniske senfasen ett år eller mer etter uhellet. I det etterfølgende behandler lagmannsretten dette spørsmål i sammenheng med vilkår nr. 4, gjerne kalt « forenlighetsvilkåret »".

¹⁹ Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeserstatningsretten*, Oslo 2012 (punkt 4).

²⁰ Kjelland, *op. cit.*

På den annen side ses det også flere eksempler fra rettspraksis etter Ask hvor vilkårene behandles hver for seg. Et eksempel fra LB-2010-148739, hvor vilkåret om brosymptomer behandles for seg:

”Plagene med hodepine er påvist med jevne mellomrom i tiden etter ulykken. [...] Betingelsen om brosymptomer er således også til stede.”

Og på samme måte behandles vilkåret om brosymptomer for seg i en dom fra Oslo tingrett²¹, og rettens vurdering vedrørende dette hitsettes:

”Et tredje vilkår er at det må foreligge brosymptomer. [...] Vilkåret om brosymptomer er ikke bestridt og retten legger til grunn at vilkåret er oppfylt.” (s. 20)

Hvorvidt vilkårene behandles sammen eller hver for seg, ser ut til å bero på omstendighetene i saken, slik at det vil være opp til rettens skjønn hvordan vilkårene struktureres.

Det kan etter dette ikke finnes noe grunnlag for å si at Ask representerer noen kursendring når det gjelder vilkåret om brosymptomer. Men dommen illustrerer at det i noen tilfeller kan være behov for å strukturere vilkårene på en annen måte en det man har sett i tidligere rettspraksis.

3.2.4 Forenlighetskriteriet

Høyesteretts hovedkonklusjon i Ask er at skadelidte ikke har krav på erstatning (avsnitt 77). Og den mest sentrale begrunnelsen for dette resultatet bygger på forenlighetsvurderingen. Etter en grundig gjennomgang av den medisinske viten

²¹ Oslo tingretts dom 15.3.2012.

som foreligger på nakkeslengfeltet, konkluder Høyesterett med at Asks sykdomsforløp ikke har fulgt et normalt forløp i tråd med medisinsk viten. Videre konkluderes det med at hans plager må forstås ut fra en bio-psyko-sosial forklaringsmodell.

Denne vurderingen står i kontrast til det som kom frem da Ask-saken ble behandlet på lagmannsrettsnivå. I lagmannsrettens dom (LB-2009-127039) ble forenlighetskriteriet vurdert slik:

”Slik lagmannsretten tolker det Langmoen [den medisinske sakkyndige] uttaler i det som er gjengitt foran, gir han ikke uttrykk for at As smertebilde i dag er uforenlig med hva man vet om skader påført ved nakkesleng, og det er på det rene at plager etter nakkesleng unntaksvis utvikler seg til et mer omfattende smertebilde av den art A er plaget med.”

Dette illustrerer at det i all hovedsak er de medisinske sakkyndige som styrer rettens vurderinger av forenlighet i nakkeslengsakene. At lagmannsretten og Høyesterett kom til ulikt resultat i saken er interessant i seg selv, og dette vil jeg komme tilbake til i punkt 4.3 i besvarelsen.

I Lie (Rt. 1998 s. 1565) er forenlighetskriteriet formulert på følgende måte: ”Sykdomsbildet må være forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng” (side 1577). Ordene ”det man vet” sikter til allment akseptert medisinsk viten, slik dette er formulert i avsnitt 34 i Ask. Videre i Lie følger to undervilkår som er ment som avgrensning mot (1) ”helsebesvær pasienten har hatt før uhellet” (inngangsinvaliditet) og (2) plager som har ”en annen, mer sannsynlig forklaring i annen tilstand pasienten lider av”. Sitatene fra Lie kan anses å utgjøre til sammen tre delvilkår, som rommer ulike kriterier.²²

²² Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2008 s. 361-362.

3.2.4.1 Den skadebiologiske forklaringsmodellen - hva må skaden være forenlig med?

I avsnitt 48 i *Ask* blir det av medisinske sakkyndige professor Stovner formulert at "plagene etter ulykken må ha et traumatologisk plausibelt forløp".

Forenlighetskriteriet legger således opp til en sammenligning av skaden i den konkrete saken og normalforløpet av nakkeslengskader generelt. For å gi et bakgrunnstappe for vurderingen av de tre delvilkår, skal det før gjennomgangen av disse utdypes litt nærmere hva de medisinske sakkyndige i *Ask* la til grunn som mal for hva et "traumatologisk plausibelt forløp" skulle være.

Det fremgår i avsnitt 48 at det i tidligere rettspraksis har vært uklart hva som er forventet sykdomsutvikling ved nakkesleng. Det var imidlertid klart at man i tidligere rettspraksis hadde lagt til grunn at det dreide seg om en bløtdelsskade. De kraftigste symptomene vil ved et normalforløp foreligge i starten av forløpet, og vare noen dager. Deretter vil smertene gradvis avta, enten tilbake til utgangspunktet med null smerte eller at smertene stabiliserer seg på et lavere nivå. Smerter som blir verre etter ulykken, og som ikke avtar etter noen dager, vil således falle utenfor det som karakteriseres som et normalt forløp.

Videre må smertene være lokalisert i nakkeregionen. Smerter som etter ulykken oppstår i andre deler av kroppen, faller således utenfor det som kan regnes som nakkesleng.

Ved gjennomgangen av denne "malen" som skadelidtes smerter må passe inn i, ser man at det i forenligheten også ligger en overgang fra akutt til kronisk fase. Dette understreker nok en gang det uklare skillet mellom vilkåret om brosymptomer og forenlighet. Vilkåret om brosymptomer fremstår mer som et kriterium som er *implementert* i forenlighetsvilkåret, enn som et selvstendig vilkår.

Dette understrekes også ved at Høyesterett i Ask velger å behandle vilkårene sammen.

3.2.4.2 Delvilkår 1: "Forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng"

Det er dette undervilkåret som er bakgrunnen for at man i Ask gir redegjørelsen for den medisinske viten såpass mye spalteplass. Det var sentralt for Høyesterett å undersøke om Asks smertetilstand fulgte det forløp som nyere forskning la opp til. At Høyesterett ikke uten videre kunne legge til grunn den medisinske viten som ble gjennomgått i tidligere rettspraksis var klart, idet innholdet i hva som er "allment akseptert medisinsk viten" vil endres over tid. I Ask formuleres dette på følgende måte:

"Dersom nyere forskning tilsier at nakkeslengskader bør bedømmes annerledes enn det som tidligere er lagt til grunn, må kursen justeres i tråd med dette." (avsn. 34)

Dette innebærer at de medisinske sakkyndige i saken vil styre rettens vurderinger om hvorvidt den aktuelle sak er forenlig eller ikke. At retten legger til grunn de sakkyndiges vurderinger uttrykkes blant annet i Ryggprolaps (Rt. 2007 s. 1379):

"Den nærmere vurdering av årsaksforholdet her må på samme måte som i L-dommen (Rt-1998-1565) skje i lys av mer allment akseptert medisinsk viten. Ved vurderingen må de rettsoppnevnte sakkyndiges vurdering stå sentralt." (avsn. 48)

I denne saken dreide det seg ikke om nakkesleng, men om ryggprolaps. Retten fant likevel at Lie-kriteriene kunne anvendes i saken. Og videre at det var de sakkyndiges uttalelser som styrte forenlighetskriteriet.

På samme måte vurderer retten hvorvidt skadelidtes plager er forenlig med nakkesleng, i Thelle (Rt. 2000 s. 418):

”Et siste vilkår som de sakkyndige peker på, er - som professor Nordal skriver - at sykdomsbildet « må være forenlig med det man ser i en kronisk senfase etter nakkeslengtraume, og må ikke ha en annen, åpenbart mer sannsynlig årsak ». Jeg forstår dr. Ødegård slik at han oppsummeringsvis mener å finne en forklaring på As sykdomsutvikling i trafikkuhellet som utløsende årsak, og at det senere er kommet til en rekke uheldige forhold som har skapt en negativ utvikling og kronifisering av symptomene.” (s. 430-431.)

I ovennevnte dom kom retten altså til at skadelidtes smerter ikke var forenlig med nakkesleng. Og nok en gang var dette basert på uttalelsene fra de medisinske sakkyndige i saken. Vurderingene i Thelle (Rt. 2000 s. 418) støtter således det resultat man kom til i Ask når det gjelder forenlighetsvurderingen.

I motsatt retning trekker en rettskraftig lagmannsrettsdom inntatt i RG-2002-92, hvor retten kom til at smertene var forenlige med nakkesleng, selv om de sakkyndiges konklusjoner ikke var helt sikre. Om dette uttaler retten følgende:

”Lagmannsretten legger etter dette til grunn at begge de medisinske sakkyndige er enige om at det foreligger brosymptomer og at sykdomsbildet er forenlig med nakkeslengskader, jf betingelsene 3 og 4. Lagmannsretten er ikke bundet av de konklusjoner de sakkyndige har kommet til og når konklusjonene som her ikke er helt sikre og bygger på et grunnlag som det foreliggende, er det større rom for domstolene til å fravike de sakkyndiges skjønn.”

Uttalelsen ovenfor antyder at jo større usikkerhet som råder blant de medisinske sakkyndige i saken, jo større rom er det for domstolene til å avvike de sakkyndiges vurderinger vedrørende smertenens forenlighet med nakkesleng.

Det vil ut fra dette ikke kunne legges til grunn at Høyesterett forkastet den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen i Ask. Det forelå heller ingen særskilt uenighet blant de medisinske sakkyndige på det punkt som gjaldt at skadelidtes sykdomsforløp måtte forklares ut fra sammensatte årsaker. Dette fremgår i Ask, hvor det etter professor Stovners redegjørelse for den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen uttales at:

”Også professor Stanghelle er i hovedsak enig i dette utgangspunktet, og alle de tre sakkyndige viser til slike sammensatte årsaker for å forklare utviklingen av As sykdomsforløp, noe jeg kommer tilbake til.” (avsn. 43)

Underrettspraksis ser ut til å legge til grunn de samme medisinske vurderinger som i Ask. Se for eksempel RG 2011 s. 245, hvor lagmannsretten henviser til den samme medisinske viten som Ask bygger på:

”Som fremholdt av Høyesterett i dommen fra 16. desember 2010 [Ask] er sammenhengen mellom nakkesleng og kroniske plager generelt svært tvilsom.”

I juridisk teori²³ er forenlighetsvurderingen beskrevet som et ”dynamisk revisjonsvilkår”. I dette ligger at rammen for forenlighetsvurderingen er klar, men det nærmere innhold vil endres i takt med den medisinske viten. Dette må gjelde også for tiden etter Ask. Om rettspraksis vil endre kurs på dette punkt er ennå for

²³ Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskadeserstatningsretten: en analyse av generelle og spesielle årsaksregler*, Oslo 2008 s. 363.

tidlig å si. Den medisinske viten som presenteres i Ask synes etter dette fremdeles å være gyldig.

3.2.4.3 Delvilkår 2: "Fortsettelse av helsebesvær pasienten har hatt før uhellet"

I Ask uttaler Høyesterett følgende om dette tilleggsvilkåret under forenlighetsvurderingen:

"Dette siste vilkåret innebærer for det første at skadelidte ikke må ha hatt tilsvarende problemer før ulykken som kan forklare de etterfølgende plagene. Denne del av vilkåret er oppfylt. A hadde ikke nakke- eller skuldersmerter før ulykken." (avsn. 47)

Uttalelsen bygger på Lie (Rt. 1998 s. 1564) hvor det står at det må avgrenses mot helseplager som "bare er en fortsettelse av helsebesvær pasienten har hatt før uhellet" (side 1577). Her er det altså tale om å avgrense mot såkalt *inngangsinvaliditet*. Helseplagene som skadelidte hadde *før* ulykken vil ikke stå i logisk årsakssammenheng med ulykken, og må derfor lukes ut av skadebildet *etter* ulykken.

I Ask var partene var enige om at skadelidte ikke hadde noen inngangsinvaliditet, og det ble derfor ikke gjort til noe stort tema i dommen. Det synes således klart at Ask er i samsvar med tidligere rettspraksis på dette punkt.

3.2.4.4 Delvilkår 3: "Annen, mer sannsynlig forklaring i annen tilstand" ("forløpskriteriet")

Ved vurderingen av dette kriteriet tydeliggjør Ask forenlighetskriteriets kobling mot brosymptomvilkåret, idet Høyesterett uttaler - under henvisning til den medisinske viten - at sykdomsutviklingen må følge et "traumatologisk plausibelt forløp". Det normale forløp for nakkeslengskader var ifølge de medisinske sakkyndige at

skadelidte har de kraftigste symptomene de første dagene etter ulykken (akuttfasen), for deretter å bli gradvis bra eller få smertene stabilisert på et lavere nivå. Og dersom skadelidtes plager følger dette forløp, må skaden anses for å være en bløtdesskade forenlig med nakkesleng.

I Asks tilfelle oppsto det nakkesmerter i akuttfasen, men disse avtok i en slik grad at han greide å utføre sitt arbeid i tiden etter ulykken. Plagene/smertene ble verre igjen halvannet år etter ulykken (fra høsten 2003) i tillegg til at han fikk vondt i ryggen. Dette subsumerte Høyesterett slik at det ikke var i samsvar med den normale utviklingen ved nakkeslengskader slik dette var beskrevet av de medisinske sakkyndige.

I Nilsen (Rt. 2001 s. 329) var skadeforløpet beskrevet som sjeldent sammenlignet med hva som kunne anses som et normalt sykdomsforløp. I denne saken ble imidlertid skadelidte tilkjent erstatning, med følgende begrunnelse:

”På bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger må det legges til grunn at selv om As lidelse må anses som en psykiatrisk lidelse, er den blitt utløst av trafikkulykken, og etter min oppfatning foreligger det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at A uavhengig av ulykken ville ha utviklet en tilsvarende sykdomstilstand.” (s. 333)

Det var således bevismessige forhold som førte til at skadelidtes sykdomsforløp i Nilsen-dommen måtte anses for å være forenlig med nakkesleng. Dommen illustrerer at det kan være variasjoner i hva som utgjør et ”traumatologisk plausibelt sykdomsforløp”, hvilket beror på en konkret medisinsk vurdering i det enkelte tilfelle.

I Thelle (Rt. 2000 s. 418) kom Høyesterett imidlertid til at skadelidte ikke hadde krav på erstatning. Dette ble blant annet begrunnet ut fra at skadelidtes

sykdomsforløp ikke kunne anses som et vanlig sykdomsforløp, slik de medisinske sakkyndige i saken vurderte dette. Om dette uttales følgende:

”Også jeg oppfatter sakens medisinske opplysninger - som de fremkommer de nærmeste måneder etter påkjørselen - slik at vi står overfor et helt uvanlig sykdomsforløp hos A, som for en vesentlig del må skyldes omstendigheter som kom til en god stund etter sammenstøtet.” (s. 433)

Dommene illustrerer hvordan Høyesterett vurderer forløpskriteriet ut fra en sammenligning mellom et vanlig sykdomsforløp ved nakkesleng og de konkrete forhold i saken. Når man sammenholder vurderingene som er gjort i tidligere rettspraksis som er referert ovenfor med vurderingene i Ask, synes ikke Ask å representere noen kursendring for forenlighetsvurderingen. Tvert i mot synes forløpskriteriet og videreføres og presiseres i Ask.

Det som imidlertid er nytt i Ask, er introduksjonen av den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen, som kommer til anvendelse på forhold som *ikke* er i samsvar med et normalt sykdomsforløp. Dette kan muligens representere en kursendring på rettsområdet for nakkeslengskader. Det er også lagt til grunn i etterfølgende underrettspraksis,²⁴ hvor retten uttaler følgende om dette:

”Men gjennomgangen av medisinsk viten i saken i Rt 2010 s 1547 (Ask) oppfatter retten at det er en dreining i synet på nakkeslengskader. De tilfellene der det ikke er konstaterbare biologiske funn etter skader, har tradisjonelt vært sett på og vurdert som biologiske bløtdelsskader. Til grunn for vurderingen i Ask ligger en såkalt biopsykososial forklaringsmodell med et mer sammensatt årsaksbilde av psykososiale forhold og biologisk skade.” (s. 18)

²⁴ Dom Oslo tingretts dom 15.3.2012.

Uttalelsen i ovennevnte tingsrettsdom vil ikke kunne tillegges stor rettskildemessig vekt. Men dommen er for det første et uttrykk for den *faktiske* retten. Og for det annet er argumentasjonen som fremføres et egnet *illustrasjonsmateriale* for framstillingen av gjeldende rett.

Det må etter dette kunne legges til grunn at Ask representerer en kursendring hva angår forenlighetskriteriet og betydningen av at de sakkyndige begrunner skadelidtes smerter ut fra en bio-psyko-sosial forklaringsmodell.

4 Rettslig årsakssammenheng - vesentlighet og adekvans

I rettspraksis er det oppstilt to unntak fra betingelseslæren; vesentlighetskriteriet og adekvanskriteriet. Vesentlighetskriteriet går ut på at det gjøres unntak for de ansvarshendelser som bare har ytt et minimalt bidrag til skaden. Adekvanskriteriet er en grense for skadevolders ansvar som gjelder de skadefølger som anses som fjern og avledet fra skaden.

I avsnitt 27 i Ask ble det anført subsidiært at ulykken måtte anses som den utløsende faktor sammen med flere andre faktorer i skadelidtes sykdomsbilde, som det etter læren om samvirkende årsaker måtte knyttes ansvar til. Dette var for det tilfellet at sykdomsforløpet måtte anses forklart ut fra en såkalt "bio-psyko-sosiale forklaringsmodell".

I dommens avsnitt 68 konkluderer Høyesterett imidlertid med at en slik anførsel ikke kan føre fram. Dette ble begrunnet ut fra disse to unntakene fra betingelseslæren som er oppstilt i rettspraksis; vesentlighetskriteriet og adekvanskriteriet.

4.1 Vesentlighetsvurderingen

I avsnitt 68 i *Ask* uttaler Høyesterett at trafikkulykken etter den "bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen" er å anse som "et såpass uvesentlig element i årsaksrekken at det verken er naturlig eller rimelig å anse den som erstatningsbetingende".

Minstekravet for å komme over uvesentlighetsterskelen er fastsatt i tidligere høyesterettspraksis. I *Stokke* (Rt. 1999 s. 1473) er det uttalt at

"[d]et er bare hvis en av de samvirkende årsaker må ses som ubetydelig at man [...] kan velge å se bort fra den". (s. 1487)

I en annen høyesterettsdom, *Inneklima* (Rt. 2000 s. 620), fant retten at det anførte årsaksbidraget var for lite i det man sto overfor et "meget sammensatt årsaksbilde" (side 620). Disse dommene viser at det er et sammensatt årsaksbilde med mange mulige faktorer som gjør at den påståtte ansvarshendelsen blir silt ut som uvesentlig.

Et eksempel fra rettspraksis hvor årsaksbildet var relativt enkelt, og hvor skadelidte ble tilkjent erstatning, var i *Nilsen* (Rt. 2001 s. 320). Her besto årsaksbildet grovt sett av trafikkulykken og skadelidtes psykiske sårbarhet, hvilket ble vektlagt i Høyesteretts begrunnelse. På side 334 i dommen skriver førstvoterende at trafikkulykken "spiller [...] etter min oppfatning en så vidt vesentlig rolle i årsaksbildet at det er rimelig å knytte ansvar til den".

Vesentlighetskriteriet legger etter dette opp til en differensiering mellom ulike skader. I *Ask* ble den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen lagt til grunn for drøftelsen av vesentlighetskriteriet. De ulike skader man differensierte mellom ut fra forklaringsmodellen var (1) trafikkulykken, (2) forekommende kroniske plager

generelt i befolkningen, (3) plager forårsaket av det psykososiale miljø, og (4) troen på at man har blitt skadet (den såkalte "nocebo-effekten"). På bakgrunn av dette fremsto årsaksbildet som nokså sammensatt. Og i relativt godt samsvar med tidligere rettspraksis ble ulykken ansett for å være for perifer når man sammenlignet alle de nevnte faktorer i årsaksbildet.

Begrepsbruken i de tidligere høyesterettsdommene varierer. Begrep som "ubetydelig", "sammensatt årsaksbilde" og "vesentlig rolle" må imidlertid forstås som uttrykk for samme vurdering. Dommene illustrerer at hensikten med denne unntaksregelen er å sammenligne de ulike årsakene til skaden, og deretter si ut de årsaker som er helt perifere. Og jo mer sammensatt årsaksbildet er, jo større er sannsynligheten for at ansvarshendelsen blir ansett for å være for perifer. Ut fra dette synes ikke vesentlighetsvurderingen i Ask å avvike fra tidligere rettspraksis.

Det som er nytt med Ask i forhold til tidligere høyesterettsdommer, og som ser ut til å styre vesentlighetsvurderingen, er den såkalte "bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen" som blir introdusert av de sakkyndige i saken. Dersom de sakkyndige i saken kommer til at skadelidtes plager må forstås ut fra en bio-psyko-sosial forklaringsmodell, blir *rettsvirkningen* at ulykken må anses for å være et uvesentlig element i årsaksrekken. Og med dette minskes muligheten for å få erstatning for de skader som har sin årsak i bio-psyko-sosiale forhold. Dette gir Høyesterett uttrykk for i følgende uttalelse i Ask:

"Her kommer også det til at dersom man legger en slik forklaringsmodell til grunn, så vil erstatningsordninger i verste fall kunne bidra til at flere utvikler sykdommen og blir uføre. Dersom kroniske smerter og ervervsuførhet etter nakkesleng i det alt vesentlige har sin årsak i bio-psyko-sosiale forhold, bør man derfor være varsom med å la dette danne grunnlag for erstatning."

(avsn. 69)

Drøftelsen som Høyesterett foretar her er uten betydning for resultatet i saken, fordi det tidligere i dommen var konkludert med at ikke alle av de fire vilkår for nakkesleng var oppfylt. Dette gir drøftelsen et preg av å være et obiter dictum.

Underrettspraksis i tiden etter Ask viser tendenser til å legge lignende vurderinger til grunn. Et eksempel på dette er en dom avsagt i Borgarting lagmannsrett (LB-2010-148739). Spørsmålet i saken var om en nakkeslengskade sto i årsakssammenheng med en bilulykke, eller om symptomene som skadelidte hadde måtte begrunnes ut fra en bio-psyko-sosial forklaringsmodell. Lagmannsretten kom til at det ikke forelå erstatningsplikt fordi bilulykken var et for uvesentlig element i årsaksrekken. På siste side i dommen formulerer lagmannsretten dette på følgende måte, under henvisning nettopp til Ask:

”Lagmannsretten ser det slik at plagene vel så gjerne er utslag av en biopsykososial forklaringsmodell, slik at det ikke er rimelig å anse ulykken som erstatningsbetingende.

[...]

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at bilulykken blir et for uvesentlig element i årsaksrekken til at den kan anses som erstatningsbetingende. Om man ser dette som et utslag av at ulykken er for uvesentlig til betinge ansvar, eller om man ser As skader som en upåregnelig følge av ulykken, blir i denne sammenheng uten betydning, se igjen Rt-2010-1547 avsnitt 67 flg.”

Selv om det ennå ikke er avsagt mange nakkeslengdommer i underrettene etter Ask, er denne underrettsdommen et eksempel på at underrettspraksis anvender den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen. Det er imidlertid gode grunner som taler for at man skal være forsiktig med å generalisere ut fra denne ene underrettsdommen. Selv om dommen ikke har noen høy rettskildemessig vekt, er

den likevel et uttrykk for den faktiske retten som i mange tilfeller blir avgjørende for skadelidtes krav på erstatning i den enkelte sak.

Spørsmålet blir om dette vurderingstemaet kan anses for å være noe nytt som må vurderes *i tillegg* til de fire vilkår for nakkeslengskader som vi kjenner fra Lie-dommen. I en ny dom fra Oslo tingrett ser det ut til at en slik forståelse er lagt til grunn. Her drøftes saksforholdet opp mot den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen, ved siden av de fire vilkår som følger av Lie-dommen. I dommen fra Oslo tingrett²⁵ skriver retten følgende om dette:

”Til grunn for vurderingen i Ask ligger en såkalt biopsykososial forklaringsmodell med et mer sammensatt årsaksbilde av psykososiale forhold og biologisk skade.” (s. 18)

De etterfølgende underrettsdommene som det er vist til her kan tyde på at man i Ask har tydeliggjort et vurderingstema med betydning for fremtidlige nakkeslengsaker - nemlig spørsmålet om hvorvidt årsaken til skadelidtes smerter/plager kan forklares ut fra den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen. Og hvor retten finner at den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen må legges til grunn i det konkrete tilfelle, tilsier dette at det skal *mye til* for at vesentlighetskriteriet anses oppfylt. Hvorvidt rettspraksis i tiden fremover vil bygge på den samme forståelse av denne modellen gjenstår å se.

4.2 Adekvansvurderingen

I samme avsnitt som vesentlighetsvurderingen uttaler Høyesterett følgende som relaterer seg til adekvansvurderingen:

²⁵ Oslo tingretts dom 15.3.2012.

"[o]m man ser dette som et utslag av at den utløsende årsaken er for uvesentlig til å betinge ansvar, eller om man ser det som en upåregnelig følge av ulykken, blir i denne sammenhengen uten betydning". (avsn. 68)

Denne uttalelsen stadfester hva rettspraksis tidligere har uttalt om dette, at det ikke er noe skarpt skille mellom vesentlighetsvurderingen og adekvansvurderingen. I Ranheim (Rt. 2001 s. 337) formuleres dette slik; "drøftelsene av vesentlighet og adekvans [kan] gli noe over i hverandre" (side 342). Og det er nok riktig at det er mange likheter mellom vesentlighetsvurderingen og adekvansvurderingen. For eksempel er hensynet bak begge vurderingene å ivareta skadevolders interesser. Forskjellen er imidlertid at vesentlighetsvurderingen har *ansvarshendelsens årsaksbidrag* for øyet, mens adekvansvurderingen retter seg i større grad mot *skadefølgen*.²⁶

Når Høyesterett i Ask bruker ordet "upåregnelig", tolker jeg det som det samme som "adekvans" slik dette begrepet er blitt forstått i juridisk teori og rettspraksis tidligere. Språkbruken i rettspraksis på dette området har vært langt fra klar og entydig. Det er først i Nilsen (Rt. 2001 s. 320) at dette blir klarere, når førstvoterende formulerer rettsregelen på følgende måte:

"Det følger av kravet om at årsakssammenhengen må være adekvat, at det er et vilkår for at ansvar skal inntre, at skadefølgen ikke må være for fjern og avledet, se for eksempel Rt-1997-1 og Rt-2000-418." (s. 334)

Det er i juridisk litteratur²⁷ blitt lagt til grunn en struktur for adekvanslæren slik at "adekvans" utgjør en overordnet samling av prinsipper og momenter, mens

²⁶ Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2012 (punkt 4.2.1).

²⁷ Lødrup/Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009 s. 370 flg..

påregnelighet utgjør kun én av flere avgrensningsfaktorer. Jeg velger å legge denne strukturen til grunn ved gjennomgangen nedenfor. Det må nevnes at grensen mellom de ulike avgrensningsfaktorene er uskarp.

4.2.1 Påregnelighetskriteriet

I *Ask* er det ikke uttalt eksplisitt av Høyesterett hvilke vurderinger som lå til grunn for at Asks skade måtte anses som en upåregnelig følge av ulykken.

I rettspraksis og juridisk teori²⁸ er det lagt til grunn to ulike typer påregnelighetsvurderinger. For det første er det *psykologiske påregnelighetskriterium* anvendt i de saker hvor ulykken var forutseelig eller burde være forutseelig for skadevolder. For det andre er det *frekvensorienterte påregnelighetskriterium* anvendt slik at jo mer sannsynlig det er at skaden vil skje som følge av ulykken, jo lettere anses adekvanskriteriet for å være oppfylt.

Mye kan tyde på at Høyesteretts vurdering i *Ask* knytter både knytter an til det psykologiske påregnelighetskriterium og det frekvensorienterte påregnelighetskriterium. I avsnitt 68 legges det til grunn at det ikke kunne være "verken naturlig eller rimelig" (forutseelig) for ansvarsobjektet (forsikringsselskapet) å anse ulykken ved den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen som erstatningsbetingende. I tillegg knytter Høyesterett bemerkninger til den generelle hyppigheten av denne typen plager i etterkant av en trafikkulykke, slik det frekvensorienterte påregnelighetskriterium legger opp til. Dette fremgår i avsnitt 56 hvor de sakkyndige finner patologiske forandringer i skadelidtes nakke ved MR, men hvor tilstanden "ses like hyppig hos friske og besværsfrie personer". På samme måte som for vesentlighetsvurderingen ser man at den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen utgjør det sentrale premiss for vurderingen.

²⁸ Lødrup/Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, Oslo 2009 s. 373 flg. og Kjelland, *Personskaderett*, Oslo 2011 s. 77.

I tidligere rettspraksis er det uttalt at den psykologiske påregnelighetsvurderingen skal skje *konkret*, og det skal ses hen til hvorvidt skadefølgen må anses for å være en påregnelig følge som skadevolder måtte regne med. Det er altså hensynet til skadevolder som ivaretas gjennom denne regelen. Et eksempel fra rettspraksis, hvor det psykologiske påregnelighetskriterium legges til grunn for vurderingen, er Rt. 2007 s. 158 (Pseudoanfall), hvor førstvoterende uttalte at

”konkret vurdering av omstendighetene i saken, der det først må ses hen til den skadeutvikling og det invaliditetsbildet som foreligger sett i forhold til trafikkulykken”. (avsn. 70)

Et eksempel fra rettspraksis hvor det frekvensorienterte påregnelighetskriterium legges til grunn for vurderingen er Dispril (Rt. 2000 s. 915). Høyesterett ser her hen til for hvor hyppig den aktuelle skadefølge oppstår etter en bestemt type skade. Vurderingen er ingen statistisk sannsynlighetsberegning, men en juridisk vurdering. Selv om skadefølgen oppstår sjelden, kan den likevel anses for å være påregnelig. Dette illustreres i Dispril-dommen på side 925, hvor førstvoterende uttaler: ”At en slik virkning inntreffer uhyre sjelden, er ikke avgjørende”. Dommen viser at retten kan trekke inn skadehyppighet som et relevant moment, slik at mer sjeldne skader også kan ha erstatningsvern. Dette gjelder særlig for legemiddelansvaret - som det var tale om i Dispril-dommen - hvor lovgiver bevisst har gått langt i å fange inn sjeldne skadefølger. Dette følger av forarbeidene til produktansvarsloven, hvor det uttales at det er de sjeldne bivirkningene med stor skadeevne som nettopp er en viktig gruppe tilfeller under det objektive legemiddelansvar.²⁹ Av denne grunn vil momentet om skadehyppighet kunne tillegges mer vekt i påregnelighetsvurderingen i saker hvor det ikke dreier seg om legemiddelansvar.

²⁹ NOU 1980 nr. 29 s. 205.

Det synes klart at førstvoterende i *Ask* foretar en konkret vurdering av omstendighetene i saken, i tråd med tidligere rettspraksis. Skadehyppighet ble imidlertid ikke trukket inn som et moment i påregnelighetsvurderingen i *Ask*. Drøftelsen som foretas på dette punkt gjøres ikke til noe stort tema i dommen. Det synes etter dette vanskelig å finne holdepunkter for en kursendring i *Ask* som gjelder påregnelighetsvurderingen. Det kan muligens skyldes at spørsmålet ikke hadde betydning for utfallet av saken.

4.2.2 Nærhetskriteriet

Hvorvidt det forelå en *nærhet* mellom skaden og ulykken fremgår ikke i adekvansvurderingen i *Ask*. I drøftelsen av de fire Lie-kriteriene kom Høyesterett imidlertid til at det ikke forelå noen faktisk årsakssammenheng, idet sykdomsutviklingen ikke fulgte et "traumatologisk plausibelt forløp" (avsnitt 48). I Asks tilfelle ble det for mange årsaksfaktorer som ytet årsaksbidrag til skadeutviklingen. Disse var forklart ut fra den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen, slik at *i tillegg* til trafikkulykken kom både kroniske smerter generelt i befolkningen, plager forårsaket av det psykososiale miljø og troen på at man har blitt skadet, inn og påvirket sykdomsutviklingen i Asks tilfelle. Dette ble for mange årsaksfaktorer til at Høyesterett kunne godta en kvalifisert nærhet mellom plagene og ulykken. Her ser man altså at *sykdomsforløpets karakter* har betydning for vurderingen av nærhetskriteriet.

Det er i tidligere rettspraksis oppstilt et nærhetskriterium for årsaksvurderingen, se for eksempel *Flymanøver* (Rt. 1973 s. 1268). Her uttalte førstvoterende på side 1272 at det i den saken måtte vurderes om det forelå "en viss nærhet i årsakssammenheng, uavhengig av den konkrete påregnelighet". Formuleringen har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis.

At et sykdomsforløp ikke oppfylte nærhetskriteriet, er Thelle (Rt. 2000 s. 418) et illustrerende eksempel på. I dommen uttales det følgende om dette:

”Thelles sykdomsforløp i desember 1993 [anses] som så uvanlig og de senere varige plager som så fjerne i forhold til det opprinnelige og meget beskjedne sammenstøtet, og så avledete i forhold til den begrensede bløtdelsskade som derved inntraff, at det ikke er rimelig å pålegge forsikringsselskapet erstatningsansvar.” (s. 433)

Nærhetskriteriet ble også avgjørende i Rossnes (Rt. 1997 s. 1), hvor Høyesterett kom til at skadelidte ikke hadde krav på erstatning. Dette ble blant annet begrunnet ut fra at skaden det dreide seg om ikke hadde tilstrekkelig nærhet til ulykken, her omtalt som ”påregnelighet”:

”Selv om en bilfører generelt må regne med at en alvorlig skade kan inntreffe som følge av hans uaktsomhet, finner jeg at den skadeutvikling og det invaliditetsbildet en står overfor i denne saken, sett i relasjon til den konkrete ulykken, ikke kan anses å ligge innenfor det påregnelige.” (s. 13)

Og i Lie (Rt. 1998 s. 1565) ble bidraget fra ulykken i relasjon til skadelidtes helsetilstand beskrevet som ”beskjeden”. Det var altså tale om en manglende nærhet mellom ulykken og skaden. Dette fremgår i følgende sitat:

”Som faktor i hennes helsemessige negative utvikling blir ”bidraget” fra ulykken i 1988 i et totalbilde for beskjedent til at det kan gi grunnlag for erstatning”. (s. 1582-1583)

På lignende vis, under vurderingen av vilkårene for faktisk årsakssammenheng, kom Høyesterett i Ask til at sykdomsforløpet i saken ikke fulgte et ”traumatologisk plausibelt forløp”. Dette fordi for mange årsaksfaktorer kom inn og ytet

årsaksbidrag til skadeutviklingen i en slik grad at plagene måtte anses som for fjern og avledet i forhold til ulykken. Sammenholdt med den rettspraksis som det er henvist til ovenfor, synes nærhetsvurderingen i Ask å være i tråd med tidligere rettspraksis.

4.2.3 Andre avgrensningsfaktorer: Reelle hensyn og rettspolitiske vurderinger

Reelle hensyn kan også opptre som et selvstendig argument i adekvansvurderingen. I Ask kan det se ut til at Høyesterett gir uttrykk for et rettspolitisk syn:

”Hvis man generelt godtar at en slik sammenheng er tilstrekkelig, ville det kunne åpne for erstatningsansvar nærmest uavhengig av hva som var den konkrete foranledningen til at plagene utviklet seg.” (avsn. 68)

Lignende begrunnelse ble gitt under adekvansvurderingen i Thelle (Rt. 2000 s. 418). Førstvoterende uttalte at der at det var

”mer naturlig å se As sykdomsforløp i desember 1993 som så uvanlig og de senere varige plager som så fjerne i forhold til det opprinnelige og meget beskjedne sammenstøtet, og så avledete i forhold til den begrensede bløtdelsskade som derved inntraff, at det ikke er rimelig å pålegge forsikringsselskapet erstatningsansvar”. (s. 433)

Saksforholdet i Thelle var nokså likt som i Ask. Thelle gir et eksempel på at rimelighetsbetraktningene er innbakt i adekvansvurderingen - på lignende måte som i Ask. I Ask uttrykkes de imidlertid mer eksplisitt enn i Thelle.

4.3 Ulikt resultat ved behandlingen i Borgarting lagmannsrett (LB-2009-127039)

Det kan være interessant å sammenligne adekvans- og vesentlighetsvurderingene som ble gjort av lagmannsretten i Ask-saken, med de vurderingene som ble gjort av Høyesterett, idet de kom til ulikt resultat. Jeg vil forsøke å se på hva som kan være *årsaken* til at resultatet ble ulikt.

Lagmannsretten kom - i motsetning til Høyesterett - til at det forelå adekvat årsakssammenheng mellom påkjørselen og Asks arbeidsuførhet. Og Ask ble tilkjent erstatning i lagmannsrettsdommen. I dommens avsnitt om vesentlighet og adekvans formuleres følgende:

"Lagmannsretten kan heller ikke se at As plager i dag er en så fjern og avledet følge av påkjørselen at årsakssammenhengen må anses som inadekvat.

[...]

Den omstendighet at A hører til den lille gruppen som har fått varige og forsterkede plager som følge av nakkesleng er ikke tilstrekkelig til å anse følgen som for fjern og avledet."

Lagmannsretten finner altså at ulykken *både* må anses å være tilstrekkelig vesentlig og adekvat slik at den må anses som erstatningsbetingende.

Høyesterett legger imidlertid til grunn den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen - som ble fremlagt av de medisinske sakkyndige i saken - ved vesentlighets- og adekvansvurderingen. Og på bakgrunn av denne kommer Høyesterett til at ulykken må anses å være "et såpass uvesentlig element i årsaksrekken at det verken er naturlig eller rimelig å anse den som erstatningsbetingende" (avsnitt 68).

Lagmannsretten bygger også på de sakkyndiges uttalelser når den foretar sin vurdering av adekvans- og vesentlighetsvilkåret. Dette fremgår i følgende sitat:

”Slik lagmannsretten tolker det Langmoen uttaler i det som er gjengitt foran, gir han ikke uttrykk for at As smertebilde i dag er uforenlig med hva man vet om skader påført ved nakkesleng [...] Lagmannsretten legger etter dette til grunn at hans smertebilde er forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng.

[...]

Etter en totalvurdering av bevisene finner ikke lagmannsretten at påkjørselen har spilt en så uvesentlig rolle for symptomutviklingen at det av den grunn ville være naturlig å nekte A erstatning med basis i hovedårsakslæren.”

En mulig forklaring på at Høyesterett kom til et annet resultat, ligger i endringen av den sakkyndiges uttalelser vedrørende faktiske forhold, rett før saken ble behandlet av Høyesterett. Professor Langmoen, som var privat oppnevnt sakkyndig for lagmannsretten, ga en tilleggserklæring til Høyesterett. I tilleggserklæringen skriver han følgende inntatt i Ask:

”Lagmannsretten legger til grunn at undertegnede mener at nakkeplagene som følge av påkjørselen har vært medvirkende årsak til utvikling av de plagene A har i dag. Det undertegnede mener er at påkjørselen ga A vedvarende plager som kvalifiserte til en medisinsk invaliditet på 9 %, men at den totale medisinske invaliditet er langt høyere som følge av forhold som ikke har noe med ulykken å gjøre.

[...]

Under enhver omstendighet er hans lave funksjonsnivå i hovedsak et resultat av forhold som ikke har noe med den aktuelle skade å gjøre.” (avsn. 62)

Uttalelsen slår således bena under den forståelsen av sakkyndiguttalelsene som lagmannsretten bygget sitt syn på. Lagmannsretten tolket uttalelsene som at skadelidtes smertebilde var forenlig med det man vet om nakkeslengskader. I sin tilleggserklæring til Høyesterett sier den sakkyndige professor Langmoen nærmest rett ut at lagmannsretten misforsto uttalelsene som ble gitt. Dette understreker nok en gang hvor sentral rolle de medisinske sakkyndige har i denne typen saker, som *premissleverandører* for de juridiske vurderinger. Og videre hvor viktig det er å unngå språklige misforståelser på tvers av profesjonene medisin og jus.

I tidligere høyesterettspraksis er dette fenomenet ikke ukjent. For eksempel kan begrepet "sannsynlighetsovervekt" være ulikt de to fagprofesjonene. I Stokke (Rt. 1999 s. 1473) ble dette påpekt av mindretallet ved følgende uttalelse:

"Jeg kan ikke se det annerledes enn at disse [medisinskfaglige] retningslinjene på vesentlige punkter avviker fra den fagjuridiske konsensus omkring årsaksproblemet [...] Jeg tilføyer at heller ikke Legeforeningens beskrivelse av sannsynlighetsgrader ved årsakstvil er den de fleste jurister anvender" (s. 1488-1489)

Slike forskjeller kan altså medføre kommunikasjonsproblemer, og det vil derfor være viktig at forskjellene er kartlagt før man for eksempel skal tolke og anvende medisinsk dokumentasjon. Og videre at det legges klare premisser til grunn for tverrfaglige årsaksvurderinger.³⁰

³⁰ Schiøtz/Wergelang/Bratt, *Medisinsk sakkyndighet i yrkessykdomssaker – moral misforstått som vitenskap*, Oslo 2008 s. 86.

4.4 Psykososiale faktorerers betydning i tidligere rettspraksis

Spørsmålet blir avslutningsvis om Ask har gitt oss noe nytt i adekvans- og vesentlighetsvurderingen. Som jeg har vært inne på i gjennomgangen ovenfor, har Høyesterett gjennom Ask introdusert og lagt til grunn en bio-psyko-sosial forklaringsmodell i sin adekvans- og vesentlighetsvurdering. Betydningen av at skadelidtes smerter måtte forklares ut fra psykososiale faktorer ble at det ikke kunne anses som rimelig å knytte ansvar til disse.

Det er i tidligere rettspraksis også blitt trukket inn psykososiale faktorer som er blitt tillagt vekt under vesentlighets- og adekvansvurderingen. Thelle (Rt. 2000 s. 418) er et eksempel på at lignende faktorer ved skadelidtes sykdomsforløp ble tillagt vekt. Her ble disse omtalt som "psykososiale forhold", jf. følgende uttalelse:

"Professor Nordal har rett når han kommer til at det ikke er faktisk årsakssammenheng mellom påkjørselen og As varige plager. Hvis uhellet ikke hadde inntruffet, ville sannsynligvis plagene ha kommet likevel. De må ha andre, ikke minst psykososiale årsaker. Det kan ikke utelukkes at A hadde en viss disposisjon for stressreaksjoner. En legejournal fra 1987 - i en periode hvor hun som ung idrettsjente på høyt nivå trente mye samtidig med skolearbeidet - kan tyde på det.

[...]

Dersom det må legges til grunn en faktisk årsakssammenheng, er det uansett tale om en helt upåregnelig utvikling, som ikke kan være erstatningsbetingende." (s. 422)

På samme måte ble lignende faktorer avgjørende i Nilsen (Rt. 2001 s. 320). Her dreide det seg imidlertid om en psykiatrisk lidelse. I denne saken kom retten til motsatt resultat som i Thelle (Rt. 2000 s. 418) og Ask, idet skadelidtes psykiske lidelse måtte stå i årsakssammenheng med trafikkulykken. Dette formuleres på følgende måte av Høyesterett:

”På bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger må det legges til grunn at selv om As lidelse må anses som en psykiatrisk lidelse, er den blitt utløst av trafikkulykken, og etter min oppfatning foreligger det ikke tilstrekkelige holdepunkter for at A uavhengig av ulykken ville ha utviklet en tilsvarende sykdomstilstand.” (s. 333)

I Pseudoanfall (Rt. 2007 s. 158) var det nettopp de psykososiale forhold - nemlig at skadelidte selv trakk paralleller mellom sine plager og ulykken - som ble avgjørende for utfallet i saken. Høyesterett strekker her opp et skille mellom det som var tilfelle i Nilsen (Rt. 2001 s. 320) som referert ovenfor. Dette formuleres på følgende måte i Pseudoanfall (Rt. 2007 s. 158):

”Det sentrale særtrekk ved adekvansvurderingen i forbindelse med denne skaden, og som skiller den fra det som var tilfelle i Rt-2001-320, er at den ikke har direkte tilknytning til selve ulykken. Ulykken er her en indirekte skadeårsak. Det er skadelidtes egen forestilling og forklaring på sine plager, der disse hele tiden henføres til ulykken, som gjør at denne bidrar til skadeutviklingen. Dette gir skaden et klart indirekte og avledet preg i forhold til ulykken, noe som taler mot å la skaden bli omfattet av bilansvaret.

Av særlig betydning i denne sammenheng er det at sykdommen utviklet seg i takt med hennes stadige henvendelser om nye medisinske undersøkelser, noe som stred mot legenenes gjentatte råd om å akseptere skaden som psykisk betinget.” (avsn. 75 og 76)

Skadelidtes oppfatning av at hennes plager var henført til ulykken, bidrar ifølge Høyesterett til skadeutviklingen. Selv om dette fenomenet ikke betegnes som en ”bio-psyko-sosial forklaringsmodell”, har resonnementet klare likhetstrekk med det de sakkyndige trekker frem vedrørende dette i Ask.

På samme måte ser man at psykososiale forhold trekkes inn i vurderingen i Schizofreni (Rt. 2007 s. 172). Her var skadelidte blitt utsatt for en fallulykke mens han var på jobb, og utviklet noen år senere den psykiske lidelsen schizofreni. Spørsmålet for Høyesterett var blant annet om årsakssammenhengen kunne anses som adekvat. Her trakk Høyesterett inn ulike psykososiale forhold som kunne forklare sykdomsutviklingen. Det var etter dette klart at sykdommen ikke kunne stå i rettslig årsakssammenheng med fallulykken. Høyesteretts vurdering vedrørende dette hitsettes i sin helhet:

"Det er ikke upåregnelig at en dramatisk fallulykke som den A ble utsatt for, fører til psykiske skadevirkninger. Det hører imidlertid til sjeldenhetene at en slik ulykke utløser alvorlig sinnssykdom - i dette tilfellet schizofreni. Sykdomsrisikoen for schizofreni er som nevnt meget lav, og sannsynligheten for at schizofreni skal inntreffe som følge av en fallulykke, må derfor sies å være ytterst beskjedne. Det er med andre ord en sjelden og uventet skadefølge.

At skadefølgen er upåregnelig, er ikke alene tilstrekkelig til at årsakssammenhengen anses for inadekvat i et tilfelle som dette. Spørsmålet blir også hvilken nærhet det er mellom skaden og den skadevoldende handling.

Som jeg har vært inne på, har ingen av de sakkyndige ment at selve fallet utløste sinnslidelsen. Ulykken i seg selv har i det hele ikke hatt betydning for at A utviklet paranoid schizofreni. Det var ikke fallulykken, men de negative konsekvensene av ulykken som bidro til utviklingen av As schizofreni - særlig det forhold at han mistet vesentlige fritidsaktiviteter, sitt tidligere arbeid og at han gjennomgikk en mislykket rehabilitering. Ved dette fjernet sykdomsforløpet seg markert fra ulykken. As sykdom står således ikke i

noen nær og umiddelbar forbindelse med selve ulykken - det dreier seg om et avledet og utpreget indirekte årsaksforhold. Det er også grunn til å tro at sykdomsutviklingen i ikke uvesentlig grad ble påvirket av samlivsbruddet - en utenforliggende faktor som ikke sto i noen sammenheng med ulykken. Alt i alt fremstår As schizofreni som en så upåregnelig, fjern og indirekte følge av arbeidsulykken, at det etter mitt syn ikke er rimelig å knytte ansvar til den.

Jeg er etter dette kommet til at vilkåret om at As sinnslidelse skal være en adekvat følge av ulykkeshendelsen, ikke er oppfylt.” (avsn. 68-70)

Selv om den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen umiddelbart fremstår som noe nytt som Høyesterett legger til grunn for vesentlighets- og adekvansvurderingen i Ask, må det etter dette likevel kunne legges til grunn at lignende vurderinger har vært tillagt vekt også i tidligere rettspraksis.

5 Forholdet mellom faktisk og rettslig årsakssammenheng - noen generelle bemerkninger

5.1 ”Resirkulering” av argumentene

Som man har sett i gjennomgangen ovenfor, blir mange av argumentene som anvendes i Lie-kriteriene, også anvendt i vesentlighets- og adekvansvurderingen. Dette fenomenet er i juridisk teori³¹ blitt beskrevet som en ”resirkulering” av faktum, idet de samme argumentene trekkes inn i to omganger. Først trekkes faktum i saken inn i drøftelsen av Lie-kriteriene. Deretter anvendes de samme deler av

³¹ Kjelland, *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2008 s. 370-371.

faktum i vesentlighets- og adekvansvurderingen. Bakgrunnen for denne "resirkuleringen" er at de to årsaksvurderingene - faktisk og rettslig årsakssammenheng - følger to ulike regelsett i erstatningsretten. Fenomenet "resirkulering" belyser imidlertid at skillet mellom de to årsaksvurderingene ikke er skarpt.

5.2 Skadebiologisk forklaringsmodell og bio-psyko-sosial forklaringsmodell - to rettsvirkningsspor

I en artikkel av Einar Lohne³² uttales det at Høyesterett i Ask velger å forkaste den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen, idet retten legger til grunn at årsaksvurderingen må foretas med utgangspunkt i Lie-kriteriene. Lohne skriver blant annet følgende om dette:

"Etter gjennomgangen av medisinsk forskning kom Høyesterett i Ask-dommen, som i Lie-dommen, til at årsaksvurderingen måtte gjøres på basis av en forståelse av at en varig nakkeslengskade er forårsaket av en fysisk bløtdelsskade. Det fremgår av avsnitt 44 tredje setning:

«Til tross for den usikkerhet som foreligger om den medisinske årsakssammenhengen, finner jeg det riktig å ta utgangspunkt i de fire grunnvilkår som tidligere er oppstilt i rettspraksis og medisinsk litteratur for å tilkjenne erstatning i nakkeslengsaker, jf. Rt. 1998 side 1565, på side 1577.»

Med dette forkastet Høyesterett den bio-psyko-sosiale forklaringsmodell for forståelse av varige plager etter nakkesleng. Høyesterett kom til at årsaksvurderingen skulle gjøres i henhold til de fire vilkårene fastsatt i Lie-dommen."

³² Lohne, *Årsakskravet i Ask-dommen, Rt. 2010 s. 1547 – Er det noe nytt?*, Oslo 2012.

Selv om Høyesterett valgte å legge Lie-kriteriene til grunn - hvor den skadebiologiske forklaringsmodellen var det medisinske vitenskapelige utgangspunkt -, betyr ikke dette at de nødvendigvis *forkastet* den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen. Tvert imot var det mest nærliggende at den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen ble lagt til grunn for forklaring på Asks skade, idet Lie-kriteriene *ikke* var oppfylt. Vurderingen som Høyesterett foretar i Ask legger opp til et slags tosporet system når det gjelder rettsvirkningen, avhengig av om retten kommer til at Lie-kriteriene er oppfylt eller om den kommer til at de *ikke* er det. Dersom kriteriene er oppfylt, tilsier det at man har å gjøre med en (nakke)skade som må forklares ut fra en skadebiologisk forklaringsmodell (rettsvirkningsspor 1). Dersom man imidlertid kommer til at vilkårene *ikke* er oppfylt, tilsier det at skaden må forklares med utgangspunkt i den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen (rettsvirkningsspor 2).

Et lignende syn er lagt til grunn i en artikkel av Morten Kjelland³³, hvor det uttales at:

”Den skadebiologiske modellen og den bio-psyko-sosiale modellen ekskluderer ikke hverandre, men kan ses som kompletterende forklaringsmodeller. De fanger inn ulike sider ved komplekse årsaksvurderinger. Den skadebiologiske modellen er egnet til å årsaksforklare hva som utløste (nakke)skaden, mens den bio-psyko-sosiale modellen kan bidra til å forstå den videre skadeutviklingen der plagene verken går over eller stabiliseres på et lavere nivå enn i akutfasen (slik man forventer ut fra den skadebiologiske modellens « normalforløp »).”

³³ Morten Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeserstatningsretten*, Oslo 2012 (punkt 4).

Det må etter dette kunne legges til grunn at begge forklaringsmodellene kan anvendes i årsaksvurderingen i nakkeslengsaker. Det er således ikke slik at Høyesterett har *forkastet* den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen i Ask. Den skadebiologiske forklaringsmodellen må likevel være utgangspunktet for vurderingen, jf. uttalelsen i avsnitt 44 i Ask, hvor dette legges til grunn.

6 Beisvurderingen og dommens prosessrettlige side

6.1 "Allment akseptert medisinsk viten" - en rettslig standard

Utgangspunktet er at "domstolene må vurdere årsaksforhold og skadeomfang ut fra "allment akseptert medisinsk viten", jf. Rt. 1998 s. 1565, på side 1571" (avsnitt 34). I Ask foretar Høyesterett en grundig gjennomgang av medisinsk viten og nakkesleng. Blant det som er nytt, og som man ikke har sett omtalt i tidligere nakkeslengdommer, er den såkalte "bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen" som Høyesterett legger til grunn for sine rettslige vurderinger.

Den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen som introduseres i Ask gir assosiasjoner til den medisinske vitens syn på nakkeslengskader i dommer fra 1990-tallet, hvor skadene skriver seg fra 1970-tallet. Den gangen var det en vanlig oppfatning blant medisinske vitenskapsfolk at nakkeslengskader i mange tilfeller måtte forklares ut fra psykiske forhold hos pasienten. Et eksempel på en slik dom er Arnesen (Rt. 1994 s. 190), hvor spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt erstatningskravet var foreldet. Sakkyndige uttalelser vedrørende nakkeslengskaden er inntatt i dommen og viser hvordan de sakkyndige på 1970-tallet peker på psykiske forhold som årsak til pasientens plager. I dommen fremgår følgende om dette:

"Det ble opplyst om trafikkuhellet i 1977 hvor A var påført "whiplash skademekanisme i nakken". Etter en beskrivelse av hennes plager, het det i redegjørelsen for hennes aktuelle situasjon:

"Personlighetsmessig har en inntrykk av en dypt deprimert pas. som er fullstendig fiksert i sine symptomer, og som har en uttalt sykdomsfølelse. Hun er utvilsomt subjektivt invalidisert av sine plager, og utsiktene med hensyn på bedring vurderes som små.

På bakgrunn av hennes psyke og personlighet anser jeg mulighetene for attføring som ytterst begrenset. Hun tilhører etter min oppfatning den kategori pasienter som utvilsomt er ufør pga sterke subjektive symptomer, selv om det ved objektive undersøkelsesmetoder er vanskelig å påvise håndfaste tegn på organisk sykdom." (s. 194)

Videre viser denne dommen hvordan den medisinske viten og de sakkyndige endret sitt syn på nakkeslengskader utover 1980- og 1990-tallet. I dommen fremgår en moderasjon av den sakkyndiges syn på nakkeslengskaden:

"Videre bemerker jeg at det ikke kan være tvilsomt at det i befolkningen og særlig blant trafikkskadde, har skjedd en vesentlig utvikling når det gjelder den oppmerksomhet som blir knyttet til denne type skader og kunnskapen om dem." (s. 196)

Det medisinske fagmiljøet endret altså etter hvert sitt syn på nakkeslengskader, slik at nakkeslengskader ikke alltid kunne forklares ut fra psykiske reaksjoner. Og i Lie (Rt. 1998 s. 1565) ble nakkeslengskader tolket av de sakkyndige som at det først og fremst dreier en traumatisk påført fysisk bløtdelsskade. Det er klart at retten la til grunn de sakkyndiges uttalelser for sine rettslige vurderinger, jf. følgende uttalelse:

”Ved den samlede bevisvurdering for å fastlegge årsaksforholdet, må de rettsoppnevnte medisinsk sakkyndiges vurderinger stå sentralt.” (s. 1581)

Dette synet ser ut til å ha blitt lagt til grunn i rettspraksis i tiden etter Lie-dommen. Det kan se ut til at de sakkyndige utgjør en ”premissleverandør”³⁴ for de rettslige vurderinger, og de styrer således Høyesteretts kurs. Dette følger også av uttalelsen i Ask:

”Dersom nyere forskning tilsier at nakkeslengskader bør bedømmes annerledes enn det som tidligere er lagt til grunn, må kursen justeres i tråd med dette.” (avsn. 34)

Det er muligens en justering av kursen man ser i Ask, sammenlignet med tidligere dommer, blant annet Lie (Rt. 1998 s. 1565). I Ask uttales følgende om dette:

”En utvikling hvor smerter og ubehag blir verre uker eller måneder etter ulykken, eller oppstår i andre deler av kroppen, er i følge de sakkyndige i utgangspunktet ikke forenlig med at skadene skyldes en bløtdelsskade.” (avsn. 48)

Når de sakkyndige i Ask etter dette introduserer den ”bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen”, ser det ut til at Høyesterett har endret kurs og sagt at nakkeslengskader i alle tilfeller ikke er kun fysisk betinget. Med dette er det ikke sagt at dette ikke kan endre seg over tid, dersom medisinske fagpersoner finner holdepunkter for et annet syn. Den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen er imidlertid et uttrykk for hva som er innholdet i den rettslige standarden om ”allment akseptert medisinsk viten” for nakkeslengstraumer *i dag*.

³⁴ Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten*, Oslo 2012 (punkt 6.1).

Når man ser på rettspraksis etter Ask, ser det ut til at innholdet i hva som i dag må anses for allment akseptert medisinsk viten bygger på uttalelsene i Ask. Et eksempel på dette ser man i LB-2010-148739, hvor retten legger til grunn følgende, under henvisning til nettopp Ask:

”En biopsykososial forklaring på plagene er ikke erstatningsmessig, jf. Rt-2010-1547.”

På samme måte legger retten til grunn samme forståelse i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett (LB-2011-67543) i følgende uttalelse:

”Mye taler for at psykologiske, sosiale og samfunnsmessige forhold spiller en avgjørende rolle i mange tilfeller, ut fra den såkalte biopsykososiale forklaringsmodellen. Se Rt-2010-1547.”

I LF-2010-156465 bemerker retten følgende, for å underbygge konklusjonen om at vilkåret om brosymptomer ikke er oppfylt:

”Som framholdt av den medisinsk sakkyndige professor L. J. Stovner i «Asksaken », Rt-2010-1547, vil imidlertid troen på at man er blitt skadet ofte kunne føre til utvikling av smertelidelser. Det tales i så fall om en «biopsykososial forklaringsmodell ».”

At flere underrettsdommer trekker i samme retning når det gjelder innholdet i den rettslige standard om ”allment akseptert medisinsk viten”, gjør den rettskildemessige betydningen av dommene sterkere. Dette bidrar til å understreke poenget om at Ask representerer en kursendring når det gjelder innholdet i hva som i dag er ”allment akseptert medisinsk viten” for nakkeslengstraumer.

6.2 Prinsippet om fri bevisvurdering

I Ask ble medisinske journalnotater, egenerklæringer til forsikringsselskapet og uttalelser fra medisinsk sakkyndige ("medisinsk viten") lagt til grunn som bevis i saken. For bevisvurderingen generelt gjelder hovedregelen om fri bevisvurdering, jf. tvisteloven (tvL.) § 21-2 første ledd. Prinsippet innebærer at retten som utgangspunkt kan bygge på et hvert forhold som kaster lys over årsakssammenhengen.

Hvordan de ulike bevis skal vurderes, må bero på bevisenes kvalitet og vekt. I Ask fremgår dette i følgende uttalelse:

"jeg er enig med professor Stovner når han fremholder at "siden sammenhengen mellom nakkesleng og kroniske plager generelt er svært tvilsom må man stille strenge krav til dokumentasjon i det enkelte tilfelle"."
(avsn. 44)

Og videre uttales det i samme avsnitt at

"[d]en tidsnære dokumentasjonen må tillegges størst betydning".

Uttalelsene tydeliggjør prinsippene for vektingen av bevis i nakkeslengsakene; det må stilles strenge krav til dokumentasjon i det enkelte tilfellet og tidsnær dokumentasjon må tillegges mest vekt. I Lie (Rt. 1998 s. 1565), på side 1570 uttales på lignende måte at det er de "begivenhetsnære bevis" som må tillegges størst betydning. Førstvoterende i Ask bygger på samme vurdering.

I juridisk teori³⁵ er det uttalt at "[m]edisinsk dokumentasjon må tolkes og anvendes i lys av sitt (medisinske) formål". I dette ligger at man ikke kan anse journalnotater som en uttømmende angivelse av skadelidtes helsemessige forhold. Dette følger også av tidligere rettspraksis, se for eksempel Ryggprolaps (Rt. 2007 s. 1370, avsnitt 60), hvor førstvoterende påpeker at "legens journalnotater i utgangspunktet har et annet formål enn å tjene som bevis".

Rettsanvenderen må således ta i betraktning det forhold at journalnotater ikke er utformet med sikte på etterfølgende juridiske språklige analyser. At misforståelser mellom den skadelidte (pasienten) og helsepersonellet på tidspunktet for journalføringen kan forekomme, taler også for at journalnotater ikke bør anses som en uttømmende kilde til informasjon. I Ask ser man et eksempel på manglende samsvar mellom journalnotatet og skadelidtes uttalelser i følgende gjengivelse:

"[i] journalen fra sykehuset er det notert at legen fjernet nakkekragen, og at A da skal ha oppgitt at han ikke hadde smerter i nakken. A har imidlertid selv med styrke fremholdt at han hadde smerter i nakken også da, og at han også ga uttrykk for det til legen." (avsn. 49)

At skadelidtes egne forklaringer trekkes inn i bevisvurderingen i Ask, viser at Høyesterett ikke bare fokuserer på den medisinske dokumentasjon. Forklaringen ble imidlertid ikke tillagt mest vekt i saken. Dette har sammenheng med at slik etterfølgende informasjon ofte har en svakere bevisverdi, jf. prinsippet om at begivenhetsnære bevis (som i dette tilfellet var journalnotatet) må tillegges mest vekt - relativ til den etterfølgende informasjon.

³⁵ Kjelland, *Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstaningsretten*, Oslo 2012 (punkt 6.1).

6.3 Bevisbyrden ved alternative årsaker

Det er et noe uavklart rettsspørsmål som Høyesterett tar stilling til i Ask når det gjelder hvilken part som har bevisbyrden for alternative årsaker til skaden.

Spørsmålet kommer på spissen dersom det foreligger årsakssammenheng mellom ulykken og skaden, men skadevolder anfører at det likevel foreligger en annen årsak til skaden.

Det var ikke anført av Trafikkforsikringsforeningen i Ask at det forelå noen annen forklaring på skadelidtes smerter/plager. Høyesterett tar likevel stilling til spørsmålet om bevisbyrden i tilfeller hvor dette er anført. Drøftelsen bærer derfor preg av å være et obiter dictum. I avsnitt 71 uttales følgende om dette:

”det [er] først når de fire vilkårene for å konstatere årsakssammenheng mellom ulykken og skaden er oppfylt, men hvor skadevolder hevder at det likevel er en annen årsak til uførheten, at skadevolder må sannsynliggjøre en alternativ årsak, jf. Rt-1999- 1473, på side 1479 , Rt-2001-320, på side 329 , og Rt-2007-1370 avsnitt 38 og 64.”

I tidligere rettspraksis som Høyesterett her henviser til, har lignende vurderinger blitt lagt til grunn, uten at det har blitt uttrykt like klart som det Høyesterett gjør i Ask. For eksempel blir det i Nilsen (Rt. 2001 s. 320) uttalt på side 329 at skadevolder har bevisbyrden for alternative årsaker. I Ask knyttes imidlertid denne bevisbyrderregelen mer direkte opp mot Lie-kriteriene. Dette bidrar til en avklaring av rettstilstanden for dette spørsmål på personskaderettens område.

Mye tyder på at rettspraksis etter Ask legger uttalelsen til grunn. I LH-2011-57306 uttaler retten følgende om bevisbyrden ved alternative årsaker til skaden:

” Det er først når de fire vilkår for å konstatere årsakssammenheng mellom hendelsen og skaden er oppfylt, men hvor skadevolder hevder at det likevel er

en annen årsak til uførheten, at skadevolder må sannsynliggjøre en alternativ årsak.”

Bevisbyrderregelen bekreftes også i LF-2010-156465, hvor retten legger en lignende uttalelse til grunn:

”Dersom lagmannsretten finner de fire nevnte vilkår oppfylt, har [forsikringsselskapet] bevisbyrden for eventuell annen årsak til uførheten.”

Det må etter dette kunne sies å være sikker rett at skadevolder har bevisbyrden for alternative årsaker til skaden.

7 Erstatningsutmålingen - lav medisinsk invaliditetsgrad og høy ervervsuførhet

De sakkyndige i Ask slo fast at skadelidte hadde en medisinsk invaliditetsgrad på 5 prosent³⁶. Videre var det også klart at han var 100 prosent ervervsufør. Om dette skriver Høyesterett følgende:

”Selv om ervervsmessig uførhet normalt ligger høyere enn den medisinske invaliditetsgrad, kan slike moderate nakkesmertene etter mitt syn alene ikke gi grunnlag for noen ervervsuførhet.” (avsn. 60)

Formuleringen kan forstås slik at lavinvaliditeter på fem prosent aldri utløser rett til erstatning for inntektstap. Dette kan imidlertid ikke være tilfelle. Uttalelsen er i

³⁶ I avsnitt 59 i Ask (Rt. 2010 s. 1547), jf. punkt 2.1.1. i invaliditetstabellen i forskrift for ménerstatning ved yrkesskade av 21. april 1997 (inntatt i kapittel 11 her).

juridisk teori blitt tolket slik at den *"ikke [kan] betraktes som et **normativt*** (regeldannende) utsagn om at lavinvaliditeter på fem (eller åtte) prosent aldri utløser rett til inntektstaperstatning"³⁷. Det er klart at såkalte "lavinvaliditets"-tilfeller har erstatningsrettslig vern. Dette følger av tidligere rettspraksis, se for eksempel Dykker (Rt. 2003 s. 338). I den saken ble en mann utsatt for en trafikkulykke og ble fem prosent medisinsk invalid på grunn av en liten skulderskade. Han arbeidet som spesialdykker i Nord-sjøen og oppfylte ikke lenger de særskilte helsekravene for jobben etter ulykken. Hans høye inntektstap ble erstattet fullt ut.

At det må kunne tenkes unntak fra denne hovedregelen, kan man også tolke ut fra avsnitt 68 i Ask, hvor Høyesterett skriver at "lette nakkesmerter i seg selv **normalt ikke** kan gi grunnlag for å konstatere ervervsuførhet". Ordene "normalt ikke" er uthevet her, for å trekke frem at de peker i retning av at unntak kan tenkes.

Lagmannsrettspraksis etter Ask synes å legge til grunn et lignende syn, om at en lav medisinsk invaliditetsgrad er et moment som i utgangspunktet taler *mot* erstatning. Et eksempel på dette ses i LG-2010-146770, hvor retten underbygger sitt standpunkt om at skadelidte ikke har krav på erstatning under henvisning til den lave invaliditetsgrad:

"det er tale om en beskjedne medisinsk invaliditet (mindre enn 5%) som ikke har vært til hinder for at A nå kan utføre arbeid i transportbransjen."

Og i LG-2010-201052 kom retten til at skadelidte ikke hadde krav på erstatning, blant annet fordi invaliditetsgraden var for lav. Dette til tross for at unntak kunne tenkes, under henvisning til blant annet Ask:

³⁷ Kjelland, *Pasientskaderett, kapittel 11: Utmåling av pasientskadeerstatning*, Oslo 2011 s 377.

”Selv om uttalelser i bl a Rt-2010-1547, Rt-2003-338 og Rt-2001-337 ikke utelukker at lave medisinske invaliditetsgrader, mellom 5 og 8 prosent, utløser inntektstapserstatning, er det lagmannsrettens vurdering at det moderate høretapet som A er påført som følge av støyeksponering i sitt trykkeriarbeid, ikke alene gir grunnlag for noen ervervsuførhet hos ham.”

I begge de to ovennevnte sakene var skadelidtes skader av en slik art at de ikke kunne tilsi at de ikke kunne utføre arbeidet sitt. Dette var sammenholdt med arbeidets karakter, som i disse sakene ikke krevde særskilte helsekrav. Det dreide seg henholdsvis om arbeid i transportbransjen og i trykkeri. Dette står i motsetning til hva som var tilfelle i Dykker (Rt. 2003 s. 338), hvor skadelidtes arbeid krevde særskilte helsekrav.

Etter dette må de alminnelige reglene for erstatningsutmåling være at det skal foretas en individuell vurdering av skadelidtes ervervsevne. Sentrale faktorer vil være skadens art og lokalisering, samt hva slags type arbeid skadelidte har³⁸. Og videre må det etter dette kunne sies at Ask på dette punkt ikke innebærer noen form for kursendring.

7.1 Presisering av skadeserstatningsloven (skl.) § 3-1 annet ledd

I avsnitt 61 i Ask konstaterer førstvoterende kort at skadelidtes plager ikke oppfyller vilkåret om nedsatt ervervsevne i skl. § 3-1 annet ledd:

”Nakkesmertene er her heller ikke utløsende årsak til ervervsuførheten, som oppsto lang tid etter ulykken. Jeg kan derfor ikke se at det er grunnlag for å konkludere med årsakssammenheng mellom denne tilstanden og noen nedsatt ervervsevne, jf. skadeserstatningsloven § 3-1 annet ledd.”

³⁸ Kjelland, *Pasientskaderett, kapittel 11: Utmåling av pasientskadeerstatning*, Oslo 2011 s. 377.

Skl. § 3-1 annet ledd fastslår at skadelidte har krav på erstatning for tap i inntekt og fremtidig erverv. Det ligger implisitt et vilkår i dette om at det må være en årsakssammenheng mellom skaden og skadelidtes nedsatte ervervsevne.

Den medisinske invaliditetsgrad var i Asks tilfelle angitt av de medisinske sakkyndige til å være på mellom 5 og 7 prosent, hvilket er den laveste invaliditetsgraden man kan ha etter invaliditetstabellen i forskrift for ménerstatning.³⁹ Etter Høyesteretts syn ville det ikke være grunnlag for å la en så lav invaliditetsgrad tilsi at Ask hadde en nedsatt ervervsevne i samsvar med skl. § 3-1 annet ledd.

I tidligere rettspraksis er det lagt vekt på at de medisinske vurderingene må beskrive skaden godt og angi hvilke konsekvenser denne har for den fremtidlige ervervsevnen. I Nesse (Rt. 1997 s. 883) var skadelidte erklært 100 prosent ervervsufør fra sitt nåværende yrke, og 50 prosent ervervsufør i et annet yrke. Spørsmålet for Høyesterett ble derfor om skadelidte kunne sies å ha en restarbeidsevne som ville tilsi en avkortning i erstatningsutbetalingen. I denne saken konkluderte Høyesterett med at skadelidte ikke hadde noen restarbeidsevne.

Uttalelsen i Ask kan ses som en presisering av skl. § 3-1 annet ledd, slik at skadelidte med lav invaliditetsgrad plikter å utnytte sin restarbeidsevne. Uttalelsen er blitt forstått på samme måte i juridisk teori.⁴⁰

³⁹ Angitt i punkt 2.1.1. i invaliditetstabellen inntatt i kapittel 11 her.

⁴⁰ Kjelland, *Pasientskaderett, kapittel 11: Utmåling av pasientskadeerstatning*, Oslo 2011 s. 377-378.

8 Forbindelseslinjer til nordisk rett

I avsnitt 72 i *Ask* viser Høyesterett til to svenske rettsavgjørelser som gjaldt krav om erstatning etter nakkesleng, for å underbygge sitt standpunkt i saken.

Standpunktet det her søkes støtte for er at selv om man ikke kan peke på noen annen forklaring på skadelidtes helseplager, er ikke det i seg selv tilstrekkelig bevis for å konstatere årsakssammenheng mellom ulykken og plagene.

Det finnes en god del eksempler fra tidligere høyesterettspraksis på at nordiske rettsavgjørelser har blitt brukt som argument til støtte for Høyesteretts syn.⁴¹ Det er i juridisk litteratur lagt til grunn at utenlandske rettskilder kan benyttes som en opplysnings- eller inspirasjonskilde, men ikke som en selvstendig rettskilde ved løsningen av rettsspørsmålet.⁴² Dette gjelder så lenge ikke noen konvensjon eller internasjonalt lovsamarbeid kommer til anvendelse saken. Nordisk rett har på mange områder felles trekk, og det vil derfor være et selvstendig poeng å søke ensartethet over landegrensene.

At førstvoterende i *Ask* trekker inn svensk rett til støtte for sitt syn i saken, bidrar til en ensartethet mellom landegrensene. Det er i norsk rett lagt til grunn at selv om man ikke kan peke på noen annen forklaring på skadelidtes smerter, er ikke det tilstrekkelig for å konstatere at ulykken er årsaken. Dette synet legges til grunn i avsnitt 71 i *Ask*. De samme rettsregler følger av svensk rettspraksis, som vist til i avsnitt 72 i *Ask*. På dette punktet er det således samsvar mellom norske og svenske rettsregler. At nordisk rett trekkes inn til støtte for Høyesteretts standpunkt er i tråd med tidligere rettspraksis, og *Ask* representerer således ingen kursendring på dette punktet.

⁴¹ Se for eksempel *Skiltmaker* (Rt. 2004 s. 1816, i avsnitt 30) og *Eierskifteforsikring* (Rt. 2008 s. 1078, i avsnitt 22 og 27).

⁴² Skoghøy, *Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsavgjørelse*, Oslo 2007 s. 571.

9 Avsluttende oppsummering

Ved spørsmålet om *Ask* innebærer noen form for kursendring sammenlignet med tidligere praksis, kan det skilles mellom det dommen *stadfester* som tidligere praksis og det dommen gir av presiseringer. Eventuelle kursendringer vil ligge i presiseringene.

9.1 Stadfestinger

Betingelseslæren blir lagt til grunn også i *Ask*. Dette fremgår eksplisitt av uttalelsene i avsnitt 33, hvor Høyesterett uttaler at P-pille II (Rt. 1992 s. 64) utgjør "[u]tgangspunktet ved den juridiske vurderingen av årsakssammenhengen". På denne måten stadfester *Ask* betingelseslæren.

Videre stadfestes det at Lie-kriteriene fremdeles danner utgangspunktet for vurderingen av den faktiske årsakssammenheng. Dette fremgår klart av avsnitt 44 i *Ask*, hvor førstvoterende skriver at hun tar utgangspunkt i Lie-kriteriene ved gjennomgangen av den faktiske årsakssammenheng. Dette til tross for at det generelt i de medisinske fagmiljøer forelå tvil om den fysiske årsakssammenheng mellom et nakketraume og senere kroniske smertelager. Dommen stadfester således at Lie-kriteriene fremdeles utgjør det rettslige utgangspunkt for den faktiske årsaksvurderingen.

Ask stadfester også at årsaksvurderingen skal skje *konkret*, hvilket er helt på linje med tidligere rettspraksis. Dette gjelder både for den faktiske og rettslige årsaksvurderingen. Ved den faktiske årsaksvurderingen tas det utgangspunkt i det konkrete hendelsesforløp og det vurderes ut fra dette om de fire Lie-kriteriene er oppfylt. Det er dette Høyesterett gjør i *Ask* i sin subsumsjon av Lie-kriteriene fra og med avsnitt 45 i dommen. Når det gjelder den rettslige årsaksvurderingen, foretas også der en konkret vurdering ut fra de faktiske forhold i saken, hvilket fremgår i avsnitt 68-69 i *Ask*.

De medisinske sakkyndige utgjør via den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen, en *premissleverandør* både for vurderingen av Lie-kriteriene, vesentlighet- og adekvansvurderingen, og bevisvurderingen. At de medisinske sakkyndige skal ha en slik rolle, fremgår av den rettslige standard om at domstolene må vurdere årsaksforhold og skadeomfang ut fra "allment akseptert medisinsk viten". Dette er i tråd med tidligere rettspraksis, jf. samme formulering i Lie (Rt. 1998 s. 1565) på side 1571. Og vi har også sett eksempel på hvor viktig det av denne grunn er at leger og jurister forstår hverandres tenkemåte og begrepsapparat, slik at man unngår misforståelser.

9.2 Presiseringer

Sammenlignet med tidligere rettspraksis synes *Ask* å representere en svak kursendring for noen av vurderingstemaene i nakkeslengsakene. Det må imidlertid understrekes at det ikke er tale om store avvik fra tidligere praksis. Det dreier seg mer om presiseringer av rettsreglene enn en direkte kursendring.

Det som er nytt i *Ask* er den eksplisitte henvisningen til den *bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen*, som introduseres av de medisinske sakkyndige. Som vi har sett i det foregående (særlig i punkt 4.4), er *innholdet* i forklaringsmodellen neppe noe nytt. Psykososiale forhold har også i tidligere rettspraksis blitt trukket inn i som et moment i vesentlighets- og adekvansvurderingen. Det vises til blant annet til uttalelsen i Thelle (Rt. 2000 s. 418):

"Professor Nordal har rett når han kommer til at det ikke er faktisk årsakssammenheng mellom påkjørselen og As varige plager. Hvis uhellet ikke hadde inntruffet, ville sannsynligvis plagene ha kommet likevel. De må ha andre, ikke minst psykososiale årsaker." (Side 422.)

I Thelle (Rt. 2000 s. 418) kom retten til at de psykososiale årsaker ikke kunne gi

grunnlag for erstatning. På samme måte som i *Ask*, har man i tidligere rettspraksis således sett at domstolene er tilbakeholdne med å la psykososiale forhold danne grunnlag for erstatning. Selv om den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen etter dette ikke innebærer noe nytt, sammenlignet med tidligere rettspraksis, *tydeliggjør* den likevel vurderingstemaet for vesentlighetsvurderingen.

Ved vurderingen av Lie-kriteriene er det ved vesentlighetskriteriet at Høyesterett foretar en presisering av rettsreglene på rettsvirkningssiden. Systematikken i *Ask* legger opp til to rettsvirkningsspor - alt etter om man kommer til at vesentlighetskriteriet er oppfylt eller ikke. Dersom Lie-kriteriene er oppfylt, blir rettsvirkningen at smertene må forklares ut fra den skadebiologiske forklaringsmodellen. Og dersom Lie-kriteriene *ikke* er oppfylt, blir rettsvirkningen at smertene må forklares ut fra den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen. Havner man på sistnevnte rettsvirkningsspor vil domstolene være tilbakeholdne med å tilkjenne erstatning, jf. det som tidligere er sagt om dette.

Selv om noen av underrettsdommene etter *Ask* som det er henvist til i besvarelsen her ser ut til å ta med seg den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen inn i de rettslige vurderingene, er det for tidlig å si noe om hvorvidt dette nå er gjeldende rett. I tråd med dynamikken i hva som til en hver tid anses for å være "allment akseptert medisinsk viten", kan den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen være nedtonet eller fremtonet om noen år - alt etter hva den medisinske forskningen vinner av innsikter.

Ask er også en dom som belyser det endrede syn på nakkeslengskader i det medisinske fagmiljøet. På 1970-tallet kunne man legge til grunn psykologiske årsaker til nakkesleng. På 1990-tallet dreide det mot en fysiologisk forklaring i form av bløtdelsskader. Så dreide det tilbake mot en psykologisk forklaring igjen ved introduksjonen av den bio-psyko-sosiale forklaringsmodellen i *Ask*. Man ser at den medisinske kursendringen har betydning for den juridiske bevisvurderingen.

Videre ser man uttalelser i *Ask* som bidrar til å tydeliggjøre prinsippene for vektingen av bevis i nakkeslengsakene, jf. uttalelsen i avsnitt 44 om at det er den "tidsnære dokumentasjon som må tillegges størst betydning". Det er imidlertid klart at uttalelsen ikke representerer noen kursendring, men kan likevel anses som en presisering av bevisvurderingsreglene.

På samme måte klargjøres rettstilstanden for hvem som har bevisbyrden ved alternative skadeårsaker. Dette fremgår i avsnitt 71 i *Ask*, hvor førstvoterende klargjør at det i disse tilfeller er "skadevolder [som] må sannsynliggjøre en alternativ årsak". Det har i tidligere rettspraksis vært antydning av samme løsning, men etter uttalelsen i *Ask* det kan ikke lenger være tvil om at dette er gjeldende rett.

Videre ser man også en presisering av skl. § 3-1 annet ledd, hvor førstvoterende i *Ask* kommer med en prinsipiell uttalelse vedrørende skadelidtes plikt til å utnytte sin restarbeidsevne ved lav medisinsk invaliditet. Dette er en presisering av innholdet i rettsregelen, men medfører i seg selv ingen kursendring.

9.3 Oppsummeringstabell

De kursendringer/presiseringer/stadfestinger som er kommet frem i analysen av *Ask*, har jeg satt inn i en oppsummeringstabell for å gi en oversikt over funnene i besvarelsen:

Deltemaer i Ask:	Kursendring:	Presisering:	Stadfesting:
Betingelseslæren			x
Lie-kriterium 1: Adekvat traume			x
Lie-kriterium 2: Akutte symptomer			x
Lie-kriterium 3: Brosymptomer		x	
Lie-kriterium 4: Forenlighet	(x)	x	
Vesentlighet		x	x
Adekvans			x
"Allment akseptert medisinsk viten"			x
Fri bevisvurdering			x
Bevisbyrden ved alternative årsaker			x
Skadeserstatningsloven § 3-1 annet ledd		x	

10 Litteraturliste

Lover:

- 1961 Lov om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova) av 3. februar 1961.
- 1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005.

Forskrifter:

Forskrift om ménerstatning ved yrkesskader av 21. april 1997.

Forarbeider:

NOU 1980 nr. 29 Produktansvaret.

Rettspraksis:

Høyesterettspraksis:

Rt.	1973	s. 1268	Flymanøver
Rt.	1994	s. 190	Arnesen
Rt.	1997	s. 1	Rossnes
Rt.	1997	s. 883	Nesse
Rt.	1998	s. 1565	Lie
Rt.	1999	s. 1473	Stokke
Rt.	2000	s. 418	Thelle
Rt.	2000	s. 620	Inneklima
Rt.	2000	s. 915	Dispril
Rt.	2001	s. 337	Ranheim
Rt.	2001	s. 320	Nilsen
Rt.	2003	s. 338	Dykker
Rt.	2004	s. 1816	Skiltmaker

Rt.	2007	s. 1370	Ryggprolaps
Rt.	2007	s. 172	Schizofreni
Rt.	2007	s. 158	Pseudoanfall
Rt.	2008	s. 1078	Eierskifteforsikring
Rt.	2010	s. 1547	Ask

Underrettspraksis:

LH-2011-57306 .

LF-2010-156465 (Ørsnes).

RG-2011-245 (Mandal).

LB-2010-139054 (Evensen).

LB-2010-148739.

LB-2009-127039 (Ask-sakens behandling i Lagmannsretten).

RG-2002-92.

Oslo tingretts dom av 15. mars 2012 (saksnummer 10-129669TVI-OTIR/08).

Juridisk litteratur:

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære* 5. utg. Oslo, 2001.

Kjelland, Morten *Personskadeoppgjør* 1. utg. Oslo, 2011.

Kjelland, Morten *Særlig sårbarhet i personskadeserstatningsretten: en analyse av generelle og spesielle årsaksregler* Oslo, 2008

Kjelland, Morten. Årsakssammenheng og bevis i personskadeerstatningsretten. Lovdata, revidert utgave Oslo 2012.

Kjelland, Morten *Pasientskaderett, kapittel 6: Årsakskravet i pasientskaderetten* 1. utg. Oslo 2011, s. 247 flg.

Kjelland, Morten *Pasientskaderett, kapittel 11: Utmåling av pasientskadeerstatning* 1. utg. Oslo 2011, s. 351 flg.

Lødrup, Peter med bistand av Morten Kjelland *Lærebok i erstatningsrett* 6. utg. Oslo, 2009.

Schiøtz, Aina, Ebba Wergeland og Unni Bratt. Medisinsk sakkyndighet i yrkessykdomssaker – moral misforstått som vitenskap. Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 1/2008, s. 75 flg.

Skoghøy, Jens Edvin A. Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen. Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue. 2007, s. 564 flg.

Stenvik, Are. Erstatningsrettens internasjonalisering. Tidsskrift for Erstatningsrett. 2005, s. 33 flg.

Syse, Aslak, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad, *Pasientskaderett* 1. utg. Oslo 2011.

Walløe Tvedt, Morten *Å skrive analyseoppgaver til eksamen* 1. utg. Oslo, 2003.

Annen litteratur:

Rapport fra Sosial- og helsedirektoratet IS 1356, *Nakkeslengassosierte nakkeskader*, (2004).

11 Vedlegg: Invaliditetstabell - utdrag av forskrift om ménerstatning ved yrkesskade av 21. april 1997 punkt 2.1

Tabellen angir skadefølger og medisinske invaliditet i prosent (invaliditetsgrad).

2.1	<i>Halsryggsøylen (Cervicalcolumna) medregnet nakke-distorsjonsskader</i> Punktene 2.1.1 - 2.1.3 markerer progresjon i alvorlighet. De psykiske og autonome plagene som kan ledsage tilstanden er innveid i skaden (eks: smertebetinget konsentrasjons- og innprentingssvikt, økt tretthet, irritabilitet, svimmelhet, svetting, vannlatingsproblemer og seksualforstyrrelser uten påvisbare objektive nevrologiske utfall/ funn). I den utstrekning det er sammenfallende symptomer som beskrives, må punktene 2.1.1 - 2.1.3 brukes som alternativer og ikke sammen med: - punkt 1.5.1 - punkt 1.9.1	
2.1.1	Lett nedsatt funksjon og lette smerter i halsryggsøylen Herunder lette følger av nakke-distorsjon.	0-9
2.1.2	Moderat nedsatt funksjon, med middels sterke smerter og nedsatt bevegelse i halsryggsøylen	10-19
2.1.3	Betydelig nedsatt funksjon i halsryggsøylen med sterke smerter, vesentlig nedsatt bevegelse og objektivt påvist skade-/ sykdomsrelatert skjelettforandring Herunder også alvorlige følger av nakke-distorsjonsskader uten påvisning av skade/ sykdomsrelatert skjelettforandring, men hvor det foreligger svært sterke smerter. I legens vurdering bør det inngå ADL (aktiviteter i dagliglivet)-skala, smerteskala og ev. arbeidsfysiologisk utredning for å fastsette graden av funksjonsforstyrrelser på grunn av smerte.	20-30
2.1.4	Opphevet bevegelse (ankylose) i hele halsryggsøylen i god stilling og uten smerter i ro	12
2.1.5	Opphevet bevegelse (ankylose) i hele halsryggsøylen i dårlig stilling, men uten smerter i ro	20